This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**Über dieses Buch**

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

**Nutzungsrichtlinien**

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

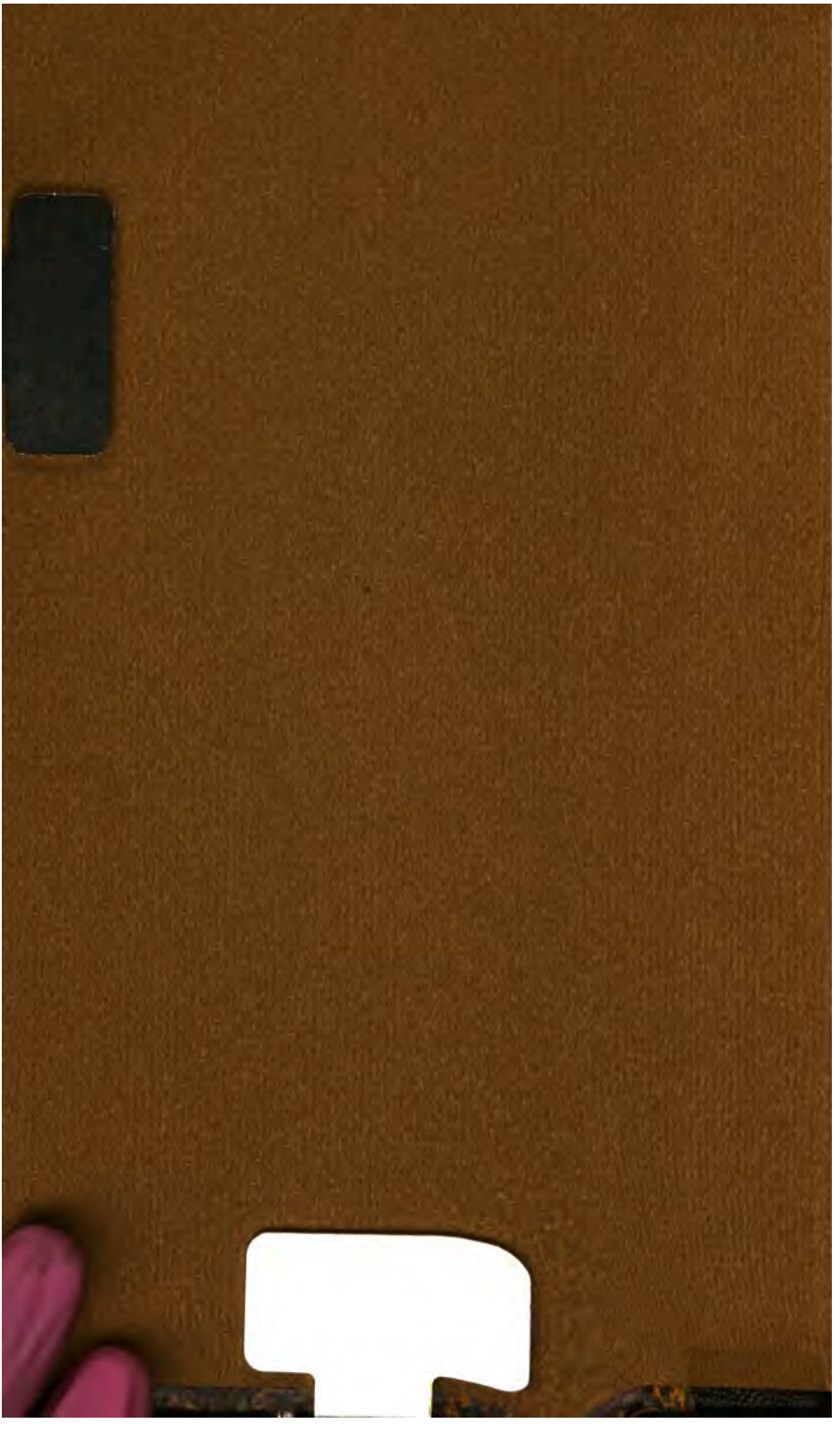
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

**Über Google Buchsuche**

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



EY
LVL
XIg
V.2
pt.2

# Geiſt des römiſchen Rechts

auf den

verſchiedenen Stufen ſeiner Entwicklung.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

# Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Jhering.

---

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

Fünfte unveränderte Auflage.

Leipzig

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel

1898.

Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung, vorbehalten.

143175

STANFORD LIBRARY

# Vorrede zur vierten Auflage.

Die gegenwärtige vierte Auflage dieses Bandes unterscheidet sich von der dritten theils durch Berichtigung der mancherlei Druckfehler in den Quellencitaten, welche sich in die früheren Auflagen eingeschlichen hatten, theils durch mancherlei stylistische Verbesserungen. Leider konnte ich der Darstellung, die mich stellenweise durchaus nicht mehr befriedigte, nicht diejenige Gestalt geben, die sie, wenn ich mich jetzt erst an die Arbeit zu machen hätte, erhalten haben würde, ich hätte ganze Partien umarbeiten müssen, und dazu fehlte es mir an Zeit. So habe ich denn manches stehen lassen müssen, was den Anforderungen, die ich selber gegenwärtig an mich mache, nicht mehr entspricht, und mich auf Verbesserungen im Kleinen beschränken müssen.

Die Revision der Quellencitate und die der Correctur hat mir ein lieber Freund und ehemaliger Zuhörer von mir, Herr Professor Biermann in Hermannstadt, abgenommen, ich selber habe nur diejenigen Citate rectificirt, welche er nicht zu berichtigen vermochte. Für die mir gerade in dieser Zeit außerordentlich werthvolle Erleichterung, welche er mir damit gewährt hat, unterlasse ich nicht ihm hiermit öffentlich meinen wärmsten Dank auszusprechen.

Die Vorrede zur ersten Auflage lasse ich bis auf den Anfang, der seine Bedeutung verloren hat, im Folgenden

abdrucken. Dieſelbe enthält die mir abgenöthigte oratio pro domo gegen frühere Angriffe, und ich halte ſie noch heutzutage ebenſowenig für überflüſſig wie damals.

Göttingen, 15. Juni 1883.

**Rudolph von Ihering.**

---

## Aus der Vorrede zur erſten Auflage.

Ich glaube, daß es keine wiſſenſchaftliche Aufgabe gibt, die demjenigen, der es ernſt mit ihr meint, mehr Qualen bereitet, ihn mehr aufreibt und an ihm zehrt, als eine derartige, wie es die meinige iſt, d. h. eine Aufgabe geſchichtsphiloſophiſcher Art. Ich meine nicht etwa die Schwierigkeiten der Abſtraction, nicht jenes unbehagliche, demüthigende Gefühl, das ſie hinterlaſſen, auch bei angeſtrengteſter Arbeit nie ihrer Herr geworden zu ſein, ſtets etwas in der Sache zurücklaſſen zu müſſen, das man ahnt, aber nicht finden kann. Ich meine etwas anderes. Einmal zunächſt die Gefahr des Abweges zur Oberflächlichkeit, Seichtigkeit, geiſtreichen Nichtsſagerei. Sie liegt nicht etwa in dem Subject, ſondern in der Aufgabe ſelbſt. Sie iſt es, die gründlichen und vorſichtigen Naturen ſo häufig eine Abneigung gegen die Aufgabe ſelbſt einflößt und ſie mit gerechtem Mißtrauen gegen die von keckeren Naturen unternommenen Löſungsverſuche erfüllt. Und in der That! es ſind nicht immer die Beſten, welche ſich ihr zuwenden. Welche Schaar hat ſich unter dem Ban-

ner verſammelt, das ich angeblich zuerſt aufgeſteckt haben ſoll, welche Phraſen, welche Seifenblaſen, welche ſchiefen, in ihrer eigenen Unwahrheit und Abſurdität ſich vernichtenden Anſchauungen und Offenbarungen hat man uns aufgetiſcht! Auf dieſem Felde glaubte man am müheloſeſten Lorbeeren erringen zu können, zu ärndten, wo Andere gearbeitet, ihren auf dem Wege mühſamer Forſchung gewonnenen Reſultaten nur eine bunte Jacke anziehen zu brauchen, um ſie zu den ſeinigen zu machen. Jene Lorbeeren ſind aber ſchnell verwelkt, und ſoweit die meinigen in ähnlicher Weiſe erworben ſind, wünſche ich dasſelbe auch von ihnen. Ich darf indeß von mir behaupten, daß mich nicht die Flucht vor ernſter Arbeit jener Aufgabe in die Arme geführt hat; ich habe in ihr mehr Arbeit erwartet und gefunden, als mir irgend ein concreter Stoff in Ausſicht geſtellt hätte. Eben darum aber iſt mir der Unfug, den man mit der Sache getrieben, die Frivolität und Seichtigkeit, die dabei zu Tage getreten, in innerſter Seele verhaßt, und ſchon lange ſuchte ich nach der Gelegenheit, die mir jetzt erſt zu Theil wird, meinem Urtheil darüber einen öffentlichen Ausdruck zu geben. Ich fürchte nicht, daß ich mir damit ſelbſt das Urtheil ſpreche. Daß nicht auch ich der Verſuchung des Conſtruirens und gewagten Combinirens öfters unterlegen ſein ſollte, wie könnte ich es mir verhehlen! Gehe Einer hin und verſuche es, — ob er frei davon bleibt! Aber weſſen ich mir bewußt bin und weſſen ich leider gezwungen bin mich zu rühmen, iſt die Liebe zu meiner Aufgabe und der Fleiß und Ernſt, die einmal die untrennbaren Begleiter der Liebe ſind. In dieſem Bewußtſein fühle ich mich ſtark genug, das Urtheil über mich herauszufordern und auf Schonung zu ver-

zichten. Aber andererseits erhebe ich auch den Anspruch, mich nach mir selbst zu beurtheilen und mir nicht Verirrungen Anderer zur Last zu legen, über die mein Urtheil nicht anders lautet als das aller Verständigen.

Daß ich an meinen Richter den Anspruch erhebe, mein Buch zu *lesen*, könnte als ein Hohn klingen. Leider hat es seinen triftigen Grund. Ob der bloße *Titel* meines Buchs in den Augen Mancher schon ausreichend ist, um ihm ungelesen das Verdammungsurtheil zu sprechen? — kurzum *Walter* in Bonn hat sich nicht entblödet, dies über sich zu gewinnen. Sein Durchzug durch sämmtliche Disciplinen der Jurisprudenz führte ihn auch auf die Encyclopädie, und wir verdanken dieser Gelegenheit das lehrreiche und erbauliche Schauspiel, einen Mann, der auf concret historischem Gebiet sich immer mit Geschick und Vorsicht bewegt hat, auf dem philosophischen Seile mit der Balancirstange in der Hand sich abmühen zu sehen. Neben den sonstigen auf ein philosophisch unmündiges Publicum berechneten Productionen ergeht er sich auch über die Philosophie des positiven Rechts (§ 48) und gibt bei dieser Gelegenheit verschiedene „Cautelen", wie Thomasius sie nennen würde, „zur umsichtigen und fürtrefflichen Herstellung" einer solchen. Die dritte lautet dahin, daß man sich bei der Charakteristik dessen, was man den Geist eines Rechts nennt, vor einer zu vagen Allgemeinheit hüten müsse. Das Recht eines Volkes sei, wie das Volk selbst, aus so vielen geistigen Elementen zusammengesetzt, es herrsche so sehr in den Instituten bald das eine, bald das andere Element vor, daß ein für alle gelten sollender Charakterzug, zumal wenn noch die Färbung einer philosophischen Schule hinzukomme, nur zu leicht auf un-

wahre und unfruchtbare Redensarten hinauslaufe. In der Note wird neben Anderen dann auch mir die Ehre zu Theil, als abschreckendes Beispiel zu figuriren, und zwar soll ich als Charakter des römischen Rechts die Subjectivität, als die des deutschen die Objectivität hingestellt haben, während Schmidt (Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht) denselben gerade entgegengesetzt bestimme. Daß der letztere Schriftsteller mit aller seiner Mühe, die er sich gegeben, dem deutschen Recht die Objectivität, dem römischen die Subjectivität zu vindiciren — eine Formel, die sich in jedem Paragraphen des Buchs wiederholt — so wenig ausgerichtet hat, daß gerade er sich als Zeugen für das Gegentheil aufführen lassen muß, — nun, das würde in Betracht kommen, wenn es sich fragte, ob Walter, ich will nicht sagen, das Schmidt'sche Buch gelesen, sondern nur einen Blick hineingethan habe. Für mich handelt es sich nur um mein Buch. Und darüber fordere ich jeden Leser zum Richter auf. Wo habe ich den Versuch gemacht, den principiellen Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht in eine enge Formel zu bannen oder gar auf die Schmidt'sche, gegen die ich Bd. 2 S. 124 selbst Protest erhoben habe, zurückzuführen? Wo habe ich von einer Objectivität des deutschen Rechts gesprochen? wo das römische über den kahlen und dürren Leisten der Subjectivität geschlagen? Ich meine, mein ganzes Buch liefert den schlagenden Gegenbeweis gegen die Möglichkeit, den Charakter eines Rechts auf eine kurze Formel zurückzuführen. Doch, warum soll ich mich über Walter beklagen? Wie könnte ich mehr verlangen, als die alten Schriftsteller, deren Citate nicht selten aus der Zimmern'schen Rechtsgeschichte falsch, also

ungelesen in die Walter'sche übergegangen sind? Nur den Rath will ich diesem Gelehrten nicht vorenthalten: will er wiederum über Bücher urtheilen, ohne sie gelesen zu haben, so verdecke er es durch das, was mir in seinen Augen zum Schaden gereicht haben soll: „vage Allgemeinheit".

In der Vorrede zu seiner römischen Rechtsgeschichte hat Rudorff Äußerungen gethan, die auch auf mich bezogen worden sind. Er spricht hier von einer neueren Richtung, die sich durch ihre „exclusive Verfolgung der allgemeinsten Rechtsanschauungen, bedenkliche Unterschätzung treuer Erforschung auch des scheinbar Geringfügigen, Versuche neuer Methoden und durch eine der niedern Naturwissenschaft entlehnte Terminologie" charakterisire. In der Verdammung dieser Richtung stimme ich ganz mit ihm überein, um so mehr aber habe ich Anlaß dagegen zu protestiren, daß man mich ihr zuzähle.

Meine Ansicht über allgemeine Gesichtspunkte kann ich mit einem Worte wiedergeben: ich betrachte sie als Schlüssel zum Verständniß des Einzelnen. Für den, der sich nicht im Besitz des Einzelnen befindet, ist der Schlüssel ohne allen Werth, und ich könnte mir nichts Verkehrteres denken, als den akademischen Vortrag der Rechtsgeschichte statt auf die Erlernung des Einzelnen auf allgemeine Gesichtspunkte zu richten. Es hieße, die studirende Jugend systematisch zur Oberflächlichkeit und Ungründlichkeit zu erziehen, ihr anstatt eines wirklichen Besitzthums Nachschlüssel in die Hände zu geben, abstracte Dietriche, mit denen sie mehr verdrehen als öffnen würden.

Also: der Werth der allgemeinen Gesichtspunkte bestimmt sich sowohl für den Einzelnen als die Wissenschaft nach dem

Concreten, das sie erschließen. Wie nun, wenn man sich so in die Arbeit theilte, daß der Eine das Concrete, der Andere das Abstracte zu liefern übernähme? In der That scheinen Manche mich in den Ruf bringen zu wollen, als hätte ich es auf eine solche Theilung der Arbeit abgesehen, und als ob ich von der Höhe des „Geistes" mit einem gewissen Mitleiden auf die mit der treuen Erforschung des Einzelnen beschäftigten Arbeiter herabsähe. Mit Worten dagegen zu protestiren, wäre vergeblich, ich hoffe durch die That jenen Vorwurf mehr und mehr verstummen zu machen. Ich unterstelle die gegenwärtige Abtheilung ganz und gar der Kritik vom Standpunkt des Concreten. Möge man also bei der Beurtheilung derselben gerade das, woran für mich der Schweiß jahrelangen Ringens klebt: die Auffindung, Verfolgung und plastische Gestaltung des Allgemeinen ganz außer Anschlag lassen, mich lediglich messen und wiegen nach den Einzelnheiten, die ich selbst zuerst in den Quellen entdeckt oder in den rechten Zusammenhang und dadurch zu ihrem Verständniß gebracht habe — in meinen eigenen Augen hat dies zwar nur einen untergeordneten Werth, aber gegenüber denen, die sich mir gegenüber mit derartigen Leistungen zu brüsten gedenken, will ich es getrost in die Wagschale werfen und mir ganz und gar das Maß gefallen lassen, mit dem sie gemessen sein wollen, ohne meinerseits zu verlangen, daß sie sich ihrerseits auch einmal meinem Maße unterwerfen sollen.

Der Wunsch, meinen Gegnern diesen bequemen Einwand gegen ein ihnen unbequemes Buch aus den Händen zu nehmen, ist auf die Ausarbeitung der vorliegenden, wie bereits der vorhergehenden Abtheilung nicht ohne Einfluß geblieben. Ich

habe nämlich bei beiden des Stofflichen lieber eher zu viel als zu wenig gethan, und einen Theil der Schuld an dem Anschwellen meines Werkes mögen diejenigen tragen, welche mich zu diesem Akt der literarischen Selbstvertheidigung genöthigt haben.

Mich gegen den „Versuch einer neuen Methode" zu rechtfertigen, kann mir so wenig in den Sinn kommen, daß ich umgekehrt diesen Vorwurf mit Freuden acceptire. Darauf ist allerdings mein Buch berechnet, die bisher ausschließlich herrschende Methode in der Darstellung der römischen Rechtsgeschichte zu verlassen, um eine andere daneben zur Geltung zu bringen. Nicht aber sie zur ausschließlichen zu machen. Ich selbst würde, wenn ich römische Rechtsgeschichte zu lesen hätte, die meinige für ungeeignet halten, aus demselben Grunde, aus dem eine Vorlesung über Philosophie der Geschichte die historischen Vorträge nicht ersetzen kann. Aber etwas anderes ist es, die Methode zum Zweck der Forschung und literarischen Darstellung zu verwenden, und daß sie nach dieser Seite hin vollkommen berechtigt ist, darüber warte ich ohne Bangen das Urtheil der kommenden Zeit ab.

Die „Terminologie der niederen Naturwissenschaft für die höhere Jurisprudenz" verwandt zu haben — von diesem Vorwurf kann ich mich allerdings nicht lossprechen. Aber daß ich sie mit der „durch ihre Festigkeit und Eigenthümlichkeit unschätzbaren Rechtssprache vertauscht hätte", damit hat es doch eine etwas andere Bewandtniß. Wer alte Begriffe statt mit alten Ausdrücken mit neuen, selbstfabricirten bezeichnet, ist ein Narr, und die Welt nimmt von seinen Umtaufungsversuchen keine Notiz. In einer andern Lage aber

befindet sich der, welcher neue Begriffe und Anschauungen vorzutragen hat, bestände das Neue auch nur darin, daß er etwas bereits Vorhandenes auf eine bestimmte einzelne Wissenschaft überträgt. Will er sich nicht bloß auf einige wenige Fachgenossen beschränken, will er zu einem größeren Publikum sprechen und namentlich wie ich auch Studirenden und Laien verständlich werden, so ist er gezwungen, für seine Ideen nach Anknüpfungspunkten zu suchen, über die ein Jeder gebietet, Bilder und Vergleiche zu benutzen u. s. w. Wo fänden sich diese Anknüpfungspunkte an das sinnliche Denken in dem Maße als in der Natur, wo mithin die zu recipirenden Ausdrücke in dem Maße als in der Naturwissenschaft? Ein Anderer, der mit lauter gegebenen Begriffen operirt, hat leicht zu meistern: mach's wie ich, gebrauche nur abstracte Ausdrücke. Nach funfzig Jahren, wenn jene Anschauungen erst Gemeingut geworden und allseitig geprüft, berichtigt und festgestaltet sind, kann ich's auch, wenn ich's aber jetzt versuchen wollte, würden die meisten meiner Leser mein Buch als ein abstruses in die Ecke werfen.

Dies führt mich auf einen andern Punkt hinsichtlich der Darstellung, der mir viele Schwierigkeiten verursacht und das raschere Fortarbeiten ungemein erschwert hat. Ich meine die richtige Verbindung des abstracten mit dem concret historischen Element. Wenn irgendwo die Darstellung sich wie auf schmaler Linie zwischen zwei Extremen zu bewegen hat, so ist dies bei einer Aufgabe wie der meinigen der Fall. Das Abstracte ohne starke, stoffliche Füllung ist ermüdend, trocken und bei den meisten Lesern wirkungslos. Also das Gegengewicht ein bedeutendes stoffliches Element. Aber eben damit beginnt die Gefahr des Zuviel und Zuwenig, das auf den

rein ſubjectiven Takt geſtellte Abmeſſen des richtigen Gleichgewichts: eine Klippe, die für einen Schriftſteller, welcher einen concreten Stoff vor ſich hat, gar nicht exiſtirt. Ob man die allgemeinen Ideen, zunächſt mit einzelnen Beiſpielen untermiſcht, vorausſchicken, ob man ſie in die Darſtellung des Concreten verweben oder erſt durch die unbefangene concrete Darſtellung Grund und Boden für die abſtracte Betrachtung gewinnen ſoll, ob man das hiſtoriſche Material ſeinem ganzen Umfang nach mittheilen oder als bekannt vorausſetzen oder nur wie im Vorübergehen an die weſentlichen Punkte erinnern ſoll — das ſind lauter Fragen, die ſich mir faſt bei jedem einzelnen Punkt wiederholt haben und bei jedem in individueller Weiſe zu löſen waren. Ob die Löſung immer die richtige geweſen, darüber will ich mit Niemandem rechten. Dem Einen mag ich des Allgemeinen, dem Andern des Concreten zu viel gethan haben. Darüber gibt es keinen objectiven Maßſtab. Ich bitte nur zu berückſichtigen, daß es mir nach meiner Erklärung in der Einleitung meines Werks (B. 1 S. 11) nicht bloß auf das römiſche Recht ankommt, ſondern zugleich darauf, an und in dem römiſchen Recht das Weſen des Rechts überhaupt zur Anſchauung zu bringen. Wer lieſt heutzutage noch Unterſuchungen über das Weſen des Rechts? Wer ſie feil hat, darf ſie daher dem Publikum nicht in dieſer Geſtalt vorführen, ſondern in und an einem concreten Stoff. Meiner feſten Überzeugung nach gereicht dies ihnen ſelbſt zu hohem Nutzen. Die Rechtsphiloſophie würde ihren Credit nicht in dem Maße eingebüßt haben, wie ſie es leider heutzutage hat, wenn ſie ſich das Element des Hiſtoriſchen und Concreten nicht zu ſehr hätte abhanden kommen laſſen. Ihre Zukunft liegt m. E. in einer energiſcheren Wiederaufnahme desſelben, in einer auf

dem Wege der Analyse und Vergleichung des Einzelnen zu gewinnenden Naturlehre des Rechts. Dazu Beiträge zu liefern, ist der ausgesprochene Zweck meines Buchs, und von der vorliegenden Abtheilung bitte ich namentlich die allgemeine Theorie der Technik und des Formalismus aus diesem Gesichtspunkt zu beurtheilen.

Meiner oratio pro domo habe ich noch einen Punkt hinzuzusetzen. Zu den Vorwürfen, die mir gemacht sind, gehört namentlich auch der der Verwegenheit im Combiniren und der Aufstellung von Hypothesen. Ich nehme ihn hin. Aber ich gebe ihn auch zurück. Ich bin nicht Zöllner genug, um dem Pharisäer gegenüber an meine Brust zu schlagen und zu sagen: Gott sei mir Sünder gnädig. Daß ein Werk, wie das meinige, seiner ganzen Bestimmung und Anlage nach mehr Anlaß zu Hypothesen und Combinationen gibt, als eine auf einen einzelnen Punkt sich beschränkende rechtshistorische Abhandlung oder ein Compendium der Rechtsgeschichte, liegt auf der Hand. Immerhin möge man nun über manche derselben den Stab brechen, aber ich verlange in dieser Beziehung nicht anders behandelt zu sein als jeder Andere. Oder bin ich etwa der, der zuerst die Sünde in die Welt gebracht hat? Das Gedächtniß Mancher scheint sehr kurz zu sein, ich will es etwas auffrischen. Ich rede nicht von Leuten, wie Gans und dem verstorbenen J. Christiansen, sondern ich will meine Mitschuldigen aus der Zahl derer greifen, die sich „den neueren Zeitrichtungen gegenüber auf dem Boden soliden Erkennens und Fortarbeitens wissen."

Der Schriftsteller, dem ich diese letzteren Worte entnehme, Rudorff, belehrte uns in seinen gromatischen Institutionen (Schriften der römischen Feldmesser von Blume, Lachmann

und Rudorff B. 2 S. 303), daß das ältere Recht keine Veräußerung der Grundstücke kannte. Als Gründe figuriren 1) der Ausdruck: heredium, nebst der ihm von Varro hinzugefügten Erklärung quod heredem sequeretur, und 2) der angebliche gänzliche Mangel einer Veräußerungsform. Die mancipatio soll nämlich ursprünglich nur bei beweglichen Sachen gegolten und erst unter dem Einfluß der mobilisirenden Tendenz von dem Verkehr auf die unbeweglichen übertragen, diese „Praxis" aber sodann von den XII Tafeln sanctionirt worden sein.

Nun, wenn der „Boden des soliden Erkennens" solche Früchte trägt, so können auch die meinigen auf ihm gewachsen sein! Prüfen wir die äußere Beglaubigung jener in Form einer historischen Thatsache vorgetragenen Hypothese, so hängt sie mit ihrem ganzen Gewicht an einem einzigen Nagel: dem Wort heredium. Und ich denke, es ist ein recht schwacher. Denn der Gegensatz, den heredium involvirt, braucht nicht zu sein der zwischen unveräußerlichem und veräußerlichem Eigenthum, sondern er kann auch sein der zwischen Privateigenthum und Gemeindeland, heredium und ager publicus. Der letztere Gegensatz ist historisch beglaubigt, von dem ersteren wissen wir nichts. Dem lateinischen heredium entspricht das deutsche „Erbeigen". Würde ein Germanist sich noch auf dem Boden solider Forschung wissen, wenn er ohne weitere positive Anhaltspunkte bloß auf dies eine Wort hin sich eine Geschichte des deutschen Eigenthums construirte, die mit dem historisch allein erkennbaren Zustand in grellem Widerspruch stände?

An Jeden, der eine Hypothese aufstellt, darf man die Anforderung erheben, daß er sich ihres Zusammenhanges mit dem ganzen System, dem sie angehört, ihres Eingreifens in

connexe Gebiete, ihrer Postulate u. s. w. bewußt sei. Ob jener Schriftsteller diese Anforderung erfüllt hat? Ich möchte es sehr bezweifeln. War die Veräußerung des Grundeigenthums unmöglich, so war es auch die Bestellung von Servituten, da sie bekanntlich unter den Gesichtspunkt der Veräußerung fällt. Oder war letztere vielleicht möglich unter Zustimmung der nächsten Anwärter? Dann hätte auch jene es sein müssen, und es hätte folglich auch zu diesem Zweck eine Veräußerungsform geben müssen. War aber für den einen wie für den anderen Fall die Einwilligung der Agnaten wirkungslos, nun dann haben, seitdem angeblich Romulus die heredia vertheilt, Jahrhunderte lang keine anderen Servituten existiren können, als die bei dieser Gelegenheit auferlegt worden waren. Oder hätten sie durch Usucapion entstehen können? Dann hätte letztere auch beim Eigenthum Platz greifen müssen. Mit dem Erbrecht kommt diese Hypothese gleichfalls ins Gedränge. Wo bleibt die „Stammgutseigenschaft dieser Güter", wenn man sie durch Legat oder Erbeseinsetzung einem andern als dem nächsten Blutsverwandten zuwenden konnte? Oder gab es, bevor die XII Tafeln die Veräußerlichkeit des Grundeigenthums zum Gesetz erhoben, noch keine Testamente? —!

Wenn der Verfasser in derselben Abhandlung (S. 428 daselbst) den uns bisher wohl bekannten römischen arbiter in einen deutschen „Gangrichter" verwandelt, so kann sich mein testis (B. 1 S. 136) (dessen etymologische Ableitung ich übrigens zurücknehme, um die von Lange vorgeschlagene von stare anzunehmen) desselben nur freuen; er braucht sich vor diesem arbiter wahrlich nicht zu schämen!

Wollte ich gar der rechtshistorischen Phantasie Huschke's

folgen, welche reiche Ausbeute würde sie mir gewähren, selbst bevor sie sich zur Schöpfung eines eigenen, später untergegangenen Thieres, des Bovigus, steigerte! Ich denke, es wird genügen, wenn ich seinen vom Staat angestellten Getreidemesser (Nexum S. 100) herausgreife, unter dessen Beistand in grauer Vorzeit die Getreidegeschäfte (stipulationes!) abgeschlossen wurden.

Und ist denn das älteste römische Recht, wie Puchta (Cursus der Institt. § 40) es schildert, mit seinem Gegensatz des „quiritischen und ramnischen Rechtsbewußtseins", seinem fehlenden Privateigenthum u. s. w. besser als eine der verwegensten meiner Hypothesen? Ich habe absichtlich diese drei Schriftsteller herausgenommen, weil gerade ihnen trotz dieser „kühnen Griffe" Niemand bestreiten wird, daß sie zu unseren ersten Rechtshistorikern gehören. Wollte ich tiefer hinabsteigen, wie manches stände mir da zu Gebote. Wie vieles wird selbst in unseren Institutionenlehrbüchern als ausgemachte Wahrheit hingestellt, was rein auf Construction beruht. Aus einem der gangbarsten, dem von Marezoll, gebe ich folgende Proben. Das älteste Recht „spaltete sich in ein patricisches und plebejisches." Es bestand aus „Rechtsgewohnheiten, von denen manche gleich anfangs aus den verschiedenen Gegenden Italiens und von den verschiedenen Volksstämmen, also auch mit einer particularrechtlichen Färbung in den neugebildeten Staat mitgebracht worden sind. Viele aber fanden dort erst ihren Ursprung. — Die vielen ursprünglich zusammengetroffenen particularrechtlichen Elemente gingen allmählig in einem gemeinen römischen Recht unter." In der zweiten Periode beginnt derselbe Prozeß von neuem. Das römische Recht „vereinigt sich durch allmählige Verschmelzung mancher genealogisch oder sonst

verſchiedenartiger Elemente darin, namentlich des beſonderen Patricierrechts mit dem Plebejerrecht, zu einem mehr allgemeinen gleichförmigen Recht.“ Um dieſelbe Zeit „fühlten die Römer auch, daß ihr bisheriges ſtrenges Princip, wonach alle Peregrinen für ganz rechtlos gelten, ſich nicht mehr durchſetzen laſſe, ſeitdem ſie mit Peregrinen nicht bloß in feindliche, ſondern auch in freundſchaftliche Berührungen des Verkehrs und Zuſammenlebens gekommen, der peregrinus alſo nicht mehr als hostis erſchien“ — wonach es alſo bis ins vierte Jahrhundert der Stadt hinein keinen Handel gegeben haben muß. So machten denn die Römer für die Peregrinen das jus gentium, und „ſehr natürlich war es, daß ein nicht unbedeutender Theil dieſes jus gentium, was dem eigentlichen römiſchen Recht bisher (bis wann?) noch ganz fremd geweſen war, förmlich in dasſelbe als integrirender, ergänzender Theil mit aufgenommen wurde. — Daß aber nicht alles jus gentium ſchon damals (wann?) mit in das römiſche Recht aufgenommen wurde, iſt gewiß, vielmehr ſchied ſich das eigentliche Peregrinenrecht noch längere Zeit hindurch ſcharf davon.“ — Der Senat hatte in dieſer Periode eine „anerkannte und entſchiedene geſetzgebende Gewalt, ja er entwickelte dieſelbe noch früher als das Volk, und die Senatsbeſchlüſſe waren und hießen im weiteren Sinne leges.“ Das Bedürfniß der alten Jurisprudenz wird folgendermaßen motivirt. „Es wurde überhaupt jetzt (wann?), ſeitdem das römiſche Recht anfing ſich in ſeinem Material zu erweitern, beſonders durch die Vereinigung des jus gentium mit dem jus civile die Nothwendigkeit einer zweckmäßigeren Verarbeitung und Fortbildung dieſes letzteren durch die prudentes und ihre Interpretation um ſo lebhafter gefühlt, weil es ſonſt in Ver-

gleichung mit dem jus gentium offenbar zurückgeblieben wäre", wogegen freilich der bei Gelegenheit des prätorischen Edicts behauptete „immer fühlbarer hervortretende Mangel passender Grundsätze des jus gentium" seltsam contrastirt.

In der Geschichte des Eigenthums erfahren wir auch hier, daß dasselbe „ursprünglich nur an beweglichen Sachen Statt fand, diese Beschränkung jedoch schon ziemlich früh hinwegfiel, ohne daß wir das Genauere davon wissen", bei den Obligationen, daß „vielleicht schon vorher (d. h. vor den Verbal- und Realcontracten), wenigstens sicher schon sehr früh", sich der Literalcontract gebildet hatte (an einer andern Stelle „verliert er sich in die ältesten Zeiten"), und daß es „weder möglich, noch sonst passend erschien, jedem der unbenannten Realcontracte und jeder daraus entspringenden Klage einen eigenen Namen zu geben."

In welche Verlegenheit würde der Verfasser gerathen, wenn er uns für diese Behauptungen, ich will nicht sagen, einen Beweis, sondern nur den allerdürftigsten Anhaltspunkt geben sollte! Und doch tritt hier die Construction nicht etwa auf im Gewande der Vermuthung, der Combination, sondern in dem der ausgemachten historischen Wahrheit.

In der That wer Angesichts solcher Proben den Stein aufheben will, um vorzugsweise mich damit zu werfen, möge zusehen, ob er damit nicht die meisten unserer heutigen Rechtshistoriker und sich selber mit trifft. Daß trotzdem so Mancher gern den Stein aufhebt, dafür ist die Erklärung in der Parabel vom Splitter im fremden und Balken im eignen Auge gegeben.

Gießen, 1. August 1858.

# Inhalt des zweiten Theils.

## Zweite Abtheilung.


### III. Die juriſtiſche Technik des älteren Rechts.

#### A. Das Weſen der Technik im Allgemeinen.

##### I. Gegenſatz der natürlichen und juriſtiſchen Auffaſſung.

§ 37. Thatſächlichkeit und Nothwendigkeit dieſes Gegenſatzes — Apologetik der Jurisprudenz — die angebliche Natürlichkeit der Laien-Auffaſſung — der geſunde Menſchenverſtand ohne die Erfahrung — der Werth und der Einfluß der Erfahrung — die Jurisprudenz ein Niederſchlag des geſunden Menſchenverſtandes in Dingen des Rechts. S. 309—321.

#### II. Theorie der juriſtiſchen Technik.

##### I. Die Aufgabe der Technik und die Mittel zur Löſung im Allgemeinen.

§ 38. Die Verwirklichungsfrage im Recht — die Aufgabe und die Mittel zur Löſung, namentlich die Technik — die beiden techniſchen Intereſſen — die Praktikabilität des Rechts. S. 323—333.

##### II. Die drei Fundamental-Operationen der juriſtiſchen Technik.

###### 1. Die juriſtiſche Analyſe (das Rechtsalphabet).

§ 39. Der einfache Rechtskörper — localiſirende und abſtracte Rechtsproduction — hiſtoriſche Erſcheinung des Abſtracten im Concreten (die Durchbruchspunkte; analoge Ausdehnung) — die Buchſtaben des Rechts — Vergleichung des Alphabets des Rechts mit dem der Sprache. S. 334—352.

2. Die logiſche Concentration.

§ 40. Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs — das logiſche Centrum und die Peripherie — innere Erweiterung des Princips in der hiſtoriſchen Form einer Ausnahme. S. 352—357.

3. Die juriſtiſche Conſtruction.

§ 41. Die naturhiſtoriſche Anſchauungsweiſe des Rechts — der juriſtiſche Körper — allgemeine Schilderung desſelben — Gewinnung desſelben durch die juriſtiſche Conſtruction — die drei Geſetze derſelben (poſitives, logiſches, äſthetiſches) — techniſcher Werth der naturhiſtoriſchen Methode. S. 357—389.

B. Die Technik des älteren Rechts.

Die Jurisprudenz.

§ 42. Die Pontifices — die Geheimhaltung des Rechts — das jus civile im engern Sinn — der pontificiſche Styl — das Ende der pontificiſchen Herrſchaft. S. 390—420.

Haften des Rechts an der Äußerlichkeit.
(Sinnliches Element des älteren Rechts.)

I. Der Materialismus.

§ 43. Das ſinnliche Element auf der innern Seite des Rechts — der materialiſtiſche Zuſchnitt der Begriffe und Inſtitute — das furtum, damnum injuria datum, der Irrthum, der Beſitz, die Uſucapion — wirthſchaftliche und rechtliche Präponderanz der Sache; die Sache die Axe des älteren Verkehrs und der Ausgangspunkt des ganzen Vermögensrechts. S. 420—441.

II. Das Haften am Wort.

§ 44. Der Gedanke und das Wort — grammatiſche und logiſche Interpretation — Verhältniß der alten Jurisprudenz zu dieſem Gegenſatz — ſtrenge Wortinterpretation der Rechtsgeſchäfte — freiere der Geſetze — tendentiöſes Element derſelben. S. 441—470.

III. Der Formalismus.

1. Weſen und praktiſche Bedeutung desſelben.

§ 45. Begriffe des formellen und formloſen Geſchäfts — Kritik des Formalismus vom praktiſchen und ethiſchen Standpunkt — allgemeine und beſondere Vortheile und Nachtheile der Form — wechſelndes Verhältniß beider. S. 470—504.

§ 45a. Die historischen Gründe des Formalismus. Culturhistorische Bedeutung desselben — die Periode der Sinnlichkeit — der Formsinn — symbolische und repräsentative Handlungen — die residuären Formen. — Die Form als Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins — die conservative Kraft der Form. S. 504—518.

2. Der Formalismus des älteren Rechts.

§ 46. Extensive Erstreckung der Form — Übersicht der formellen Geschäfte — die Scheingeschäfte, Begriff, Arten und Behandlung derselben von Seiten der älteren Jurisprudenz — die mancipatio, in jure cessio, stipulatio. S. 518—560.

3. Analyse des römischen Formenwesens.

§ 47. Der Stoff: Zeichen, Handlungen, Worte. — Übersicht der symbolischen Zeichen und Handlungen des römischen Rechtslebens — die Hand insbesondere. S. 560—577.

§ 47a. Daß Wort — die Formel und das Formular. — Die solennen Ausdrücke und Formeln. — Unabänderlichkeit derselben. — Nothwendigkeit des Sprechens. S. 577—599.

§ 47b. Die Composition der Formeln ein Zweig der juristischen Kunst. — Die Verbalformen — die juristische Syntax, logische Stellung der einzelnen Gedankenglieder (Grund, Bedingung, Beschränkung, Ausnahme) — das Gesetz der Correspondenz der Form — Correspondenz zwischen der Begründung, Aufhebung, Geltendmachung des Rechts. S. 599—631.

§ 47c. Allgemeine Charakteristik der Legisactionen. — Das Gesetz der Correspondenz der Form — Citirmethode — äußere Ausdehnung der legis actio. — Praktische Würdigung und historische Bedeutung der Legisactionen. S. 631—661.

§ 47d. Raum und Zeit als Element der Rechtsformen. S. 662—674.

# III. Die juriſtiſche Technik des älteren Rechts.

## A. Das Weſen der Technik im Allgemeinen.

### I. Gegenſatz der natürlichen und juriſtiſchen Auffaſſung.

**Thatſächlichkeit und Nothwendigkeit dieſes Gegenſatzes — Apologetik der Jurisprudenz — die angebliche Natürlichkeit der Laien-Auffaſſung — der geſunde Menſchenverſtand ohne die Erfahrung — der Werth und der Einfluß der Erfahrung — die Jurisprudenz ein Niederſchlag des geſunden Menſchenverſtandes in Dingen des Rechts.**

Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit. Seneca ep. 120 (lib. 20, 3 § 4).

XXXVII. In dem vorhergehenden Abſchnitt von den Grundtrieben haben wir die höchſten Ziele des älteren Rechts, die Ideale des römiſchen Rechtsgefühls, zu ermitteln verſucht; der gegenwärtige ſoll uns mit der eigenthümlichen Kunſt bekannt machen, die dasſelbe zum Zweck der Verwirklichung jener Gedanken in Anwendung gebracht hat. So eng demnach auch der gegenwärtige Abſchnitt mit dem vorherigen zuſammenhängt, ſo bezeichnet er dennoch den Übergang zu einer völlig neuen Seite des Rechts.

Diejenige, mit der wir uns bisher beſchäftigten, läßt ſich als die ethiſche Seite des Rechts, diejenige, der wir uns jetzt zuwenden, als die ſpecifiſch juriſtiſche bezeichnen. Dort handelte es ſich um Ideen und Anforderungen, die objectiv in der ſittlichen Beſtimmung des Rechts und ſubjectiv in dem natürlichen Rechtsgefühl ihren letzten Grund haben, daher dem Laien nicht minder zugänglich und geläufig ſind als dem Juriſten. Ganz anders von jetzt an. Unſere Darſtellung verſetzt uns, ſo zu ſagen, auf eine ganz andere Hemiſphäre, auf der dem Laien Alles neu

und fremdartig, ja Vieles höchſt verwunderlich erſcheinen muß, in eine Welt, für die er kein Verſtändniß, gegen die er vielmehr umgekehrt manche Vorurtheile mitbringt. Wenn ich den Laien dennoch auffordere, mir auf dies Gebiet der eigentlichen Jurisprudenz zu folgen, ſo verhehle ich mir keineswegs das Gewagte und die großen Schwierigkeiten der Aufgabe; ich halte dieſelben jedoch weder für unüberwindlich, noch fürchte ich, durch eine Berückſichtigung der Bedürfniſſe des Laien das Intereſſe des juriſtiſchen Leſers in bedenklicher Weiſe auf die Probe zu ſtellen.

Der Punkt, an dem jeder Laie ſich ſeines Laienthums bewußt werden muß, und auf deſſen Erläuterung ich mithin mein Hauptaugenmerk richten werde, iſt die juriſtiſche Methode. Dem Juriſten ſollte billigerweiſe nichts bekannter ſein als ſie, denn gerade ſie iſt es, die ihn zum Juriſten macht. Und doch iſt es nicht zu viel behauptet, daß ein eigentliches Bewußtſein über ſie den meiſten Juriſten völlig fehlt, und daß unſere Wiſſenſchaft alle anderen Geſetze beſſer kennt als die Geſetze ihrer ſelbſt. Aus und in der Anwendung iſt die juriſtiſche Methode ihnen ſehr wohl bekannt, aber ſie iſt ihnen mehr Sache des Gefühls und der Übung als des Bewußtſeins. Sollten ſie angeben, worin das Weſen derſelben liege, wie die Weiſe, in der der Juriſt die Rechtsverhältniſſe beurtheilt, ſich von der des Laien unterſcheide, was die Aufgaben, Mittel und Grundgeſetze der juriſtiſchen Methode ſeien — die Antwort würde unendlich dürftig ausfallen und ſchwerlich über die recipirte Phraſe eines „Rechnens mit Begriffen" hinauskommen. Auch die römiſchen Juriſten, Virtuoſen in der praktiſchen Handhabung der Methode, wie ſie es waren, haben doch, ſo viel wir wiſſen, nicht den beſcheidenſten Anſatz zu einer Theorie derſelben gemacht; keine Andeutung über den Zweck, die Aufgabe derſelben, keinen Aufſchluß, ja nicht einmal eine Äußerung über die oberſten Grundſätze derſelben — ein neuer Beleg für die alte Wahrheit, daß die richtige Ausübung und ſelbſt die höchſte Blüthe einer Kunſt nicht bedingt iſt durch eine wiſſenſchaftliche Erkenntniß ihrer Geſetze und ihres Weſens.

Wenn ich nun, bevor ich zur römischen Technik übergehe, den Versuch unternehme, diesem Mangel, so weit es in meinen Kräften steht, abzuhelfen und zu dem Zwecke das Wesen und die Grundgesetze der juristischen Technik zum Gegenstande meiner Untersuchung mache, so bitte ich nicht außer Acht zu lassen, daß diese Ausführung nur den Zweck hat, das Verständniß der Technik des älteren römischen Rechts vorzubereiten, daß man also darin nichts suchen möge, was ich an dieser Stelle, ohne meinen Zweck aus dem Auge zu verlieren, nicht geben kann. An der gegenwärtigen Stelle würden Ausführungen über den Beruf der Jurisprudenz, die durch die Entwicklungsstufe des älteren römischen Rechts nicht geboten sind, verfrüht und ungehörig sein. Die spätere Entwicklung der römischen Jurisprudenz wird mir hinlängliche Gelegenheit geben, das Fehlende nachzuholen und dem Leser eine Anschauung von der gereiften, verfeinerten Technik einer ausgebildeten Jurisprudenz zu gewähren. Hier handelt es sich zunächst nur um den Elementarunterricht in der juristischen Kunst — denn die Kunst selbst beginnt historisch überall mit den Elementen.

Die Theorie der Technik, die ich im Folgenden aufstellen werde, ist zwar einer Betrachtung des römischen Rechts entnommen, allein sie macht nichts desto weniger auf allgemeine Wahrheit Anspruch. Wie den Erscheinungen, an denen uns der vorige Abschnitt vorüberführte, bei aller national-römischen Form, welche die Sache hier angenommen hatte, dennoch Motive von allgemeiner Wahrheit zu Grunde lagen, d. h. Aufgaben, an deren Lösung jedes Recht sich zu versuchen hat, so auch hier. Denn nicht bloß, daß die Aufgabe selber, um die es sich handelt, eine absolut nothwendige, ein mit den letzten Zwecken des Rechts selbst gesetztes Problem ist, sondern es muß auch die Art ihrer Lösung in Rom trotz aller römischen Form im Wesentlichen als die absolut richtige, als die der Natur der Sache selber abgelauschte bezeichnet werden. Mit derselben apodiktischen Gewißheit, mit der man behaupten kann, daß die Grundsätze der ma-

thematiſchen Methode für alle Zeiten unwandelbar dieſelben bleiben werden, läßt ſich ein Gleiches auch für die der juriſtiſchen Methode behaupten. Der Weg, den das ältere römiſche Recht eingeſchlagen, iſt der der Jurisprudenz ſchlechthin; er iſt ſo wenig ein römiſcher wie derjenige, den Euklid und Archimedes in der Mathematik verfolgt haben, ein griechiſcher. Die Anſätze zur juriſtiſchen Methode finden ſich in allen Rechten, ſelbſt vor der Periode der wiſſenſchaftlichen Jurisprudenz, und der Ruhm der Römer beſteht nur darin, daß ſie es nicht bei bloßen Anſätzen haben bewenden laſſen, ſondern die Aufgabe in dem Sinn und dem Geiſt, in dem ſie dieſelbe einmal erfaßt hatten, im vollſten Umfange gelöſt haben. *Die juriſtiſche Methode iſt nicht etwas von außen ins Recht Hineingetragenes, ſondern die mit innerer Nothwendigkeit durch das Recht ſelbſt geforderte einzige Art und Weiſe einer ſicheren praktiſchen Beherrſchung desſelben.* Das Hiſtoriſche dabei iſt nicht ſie ſelbſt, ſondern das Geſchick und Talent, mit dem ſie von dieſem oder jenem Volke gehandhabt wird.

---

Es iſt eine bekannte ſich überall wiederholende Erſcheinung, daß das Recht, wenn es eine gewiſſe Bildungsſtufe erreicht, ſich der Kenntniß der Maſſe mehr und mehr entzieht und Gegenſtand eines beſonderen Studiums wird. Nicht gerade eines gelehrten, nicht gerade Sache des Schulunterrichts, ſondern das Weſentliche iſt, daß die nöthige Vertrautheit mit dem Recht, die früher einem Jeden mühelos zufiel, fortan eine beſondere Aufmerkſamkeit, Abſicht, Anſtrengung erfordert, und da nicht ein Jeder dieſe Arbeit daran ſetzen kann, daß ſich rückſichtlich der Rechtskenntniß mehr und mehr ein Gegenſatz ausbildet, den wir in ſeiner ſchließlichen Geſtalt als Gegenſatz des Juriſten und Laien bezeichnen. Das hiſtoriſche Auftreten des Juriſten bekundet die Thatſache, daß das Recht die Periode der Kindheit und der naiven Exiſtenz zurückgelegt hat; der Juriſt iſt das Erzeugniß und

der Herold dieſes unvermeidlichen Wendepunktes im Leben des Rechts. Aber nicht der Juriſt ruft den Wendepunkt, ſondern der Wendepunkt den Juriſten hervor; — der Laie tritt nicht zurück, weil der Juriſt ihn verdrängt, ſondern der Juriſt tritt auf, weil der Laie ihn nöthig hat. Man hat dieſen Entwicklungsprozeß und die damit verbundene Entfremdung des Rechts vom Laienbewußtſein als eine beklagenswerthe Thatſache angeſehen, und die Geſchichte der Wiſſenſchaft wie der Geſetzgebung berichtet von manchen Verſuchen, die Kluft zwiſchen Juriſten und Laien auszufüllen oder letzterem wenigſtens eine bequeme Brücke in die Jurisprudenz zu ſchlagen. Ein eitles Bemühen, eine ohnmächtige Auflehnung gegen die Geſchichte! Denn die Thatſache, die man ungeſchehen machen möchte, iſt nichts anderes als die Verwirklichung eines allgemeinen Culturgeſetzes auf dem Gebiete des Rechts: des Geſetzes der Theilung der Arbeit, und ſo machtlos und widerſinnig ein Widerſtand gegen dies Geſetz anderwärts iſt, ebenſo hier.

Der Grund, der dem Laien bei einem ausgebildeten Recht die Kenntniß und Anwendung desſelben unmöglich macht, liegt weniger in dem, worin der Laie geneigt ſein wird ihn zu finden, in der *Maſſenhaftigkeit* des Stoffs, als vielmehr in der *Art* desſelben und der dadurch hervorgerufenen eigenthümlichen Schwierigkeit ſeiner Beherrſchung und Handhabung. Das Recht iſt nicht eine bloße Maſſe von *Geſetzen* — ſondern etwas weſentlich Anderes (S. Bd. 1. S. 35—43). *Geſetze* kann der Laie ſo gut auswendig lernen wie der Juriſt, aber um das *Recht* zu verſtehen und es anzuwenden, dazu reicht der bloße Mutterwitz allein nicht aus, dazu bedarf es vielmehr zweierlei, nämlich erſtens eines nur durch vieljährige Anſtrengung und Übung zu gewinnenden eigenthümlichen *Auffaſſungsvermögens*, einer beſonderen Fertigkeit des abſtracten Denkens: der juriſtiſchen *Intuition*, *Imagination*, und ſodann zweitens der Geſchicklichkeit im Operiren mit Rechtsbegriffen, der Fähigkeit des müheloſen begrifflichen Umſatzes zwiſchen Abſtractem und Concretem, des Blicks, des Treffers in der Wahr-

nehmung des Rechtsbegriffs im Rechtsfall (juriſtiſche Diagnoſe), kurz der juriſtiſchen Kunſt. Beides zuſammen begreifen wir unter dem Ausdruck der juriſtiſchen Bildung. Sie iſt es, die den Juriſten vom Laien unterſcheidet, nicht die Maſſe der Kenntniſſe; ſie iſt es, die den Werth des Juriſten beſtimmt, nicht das Maß der Gelehrſamkeit. Darum kann Jemand bei mäßigem Wiſſen ein ausgezeichneter, und, wie das Beiſpiel gelehrter Theoretiker nur zu oft zeigt, bei großem Wiſſen ein recht ſchwacher Juriſt ſein. Keine im Übrigen noch ſo werthvolle Beſchäftigung mit dem Recht, wie es die rechtsphiloſophiſche und rechtshiſtoriſche in Wahrheit iſt, kann für ſie Erſatz gewähren, ja ſo hoch man ein Wiſſen der letzteren Art auch anſchlagen mag, als juriſtiſches läßt es ſich nicht bezeichnen.[472c])

Die juriſtiſche Bildung wird zwar erworben an einem einzelnen poſitiven Recht, allein ſie iſt darum nicht an letzteres gebunden, ſie ſteht und fällt nicht mit ihm. Wäre dies der Fall, ſo müßte der Juriſt zittern bei dem Gedanken, daß das bisherige Recht und damit ſein eigener Werth als Juriſt aufgehoben würde. Aber in dem einzelnen Recht lernt er nicht bloß dieſes, ſondern zugleich das Recht, ſo wie Jemand, der eine Sprache wiſſen-

472c) Hegel Rechtsphil. § 215 meint: „Der Juriſtenſtand, der die beſondere Kenntniß der Geſetze hat, hält dies oft für ſein Monopol, und wer nicht vom Metier iſt, ſoll nicht mitſprechen. Aber ſo wenig Jemand Schuhmacher zu ſein braucht, um zu wiſſen, ob ihm die Schuhe paſſen, ebenſo wenig braucht er überhaupt zum Handwerk zu gehören, um über Gegenſtände, die von allgemeinem Intereſſe ſind, Kenntniß zu haben.“ Ein Urtheil darüber, ob die Schuhe paſſen, wird Niemand dem, der ſie tragen ſoll, abſprechen; aber ein ganz anderes Ding iſt es, ob der Schuſter ſich von ihm ſagen laſſen ſoll, wie er ſie zu machen hat. Von Hegel, Stahl, Trendelenburg habe ich in einer gewiſſen Richtung mehr gelernt, als aus einer großen Menge rein juriſtiſcher Schriften, aber die Technik des Rechts muß der Philoſoph vom Fach, wenn er nicht in wichtigen Dingen völlig daneben greifen will, von dem Juriſten vom Fach lernen, oder richtiger geſagt ſein Urtheil dem des Juriſten unterordnen, denn ein wirkliches Urtheil iſt hier nur auf dem Wege der Anwendung und Erfahrung zu gewinnen.

schaftlich studirt, zugleich von dem Wesen, den Gesetzen u. s. w. der Sprache überhaupt eine Anschauung bekommt. Neben seinem rein positiven Wissen, der Kenntniß dieses Rechts, besitzt er noch ein höheres, allgemeineres, ein Wissen, das nicht an die Scholle gebunden ist, ein Gut, das ihm keine Rechts- und Orts-Veränderung entziehen oder entwerthen kann, und gerade dieser Besitz ist die eigentliche Blüthe, die edelste Frucht eines dem Recht gewidmeten Lebens. Die juristische Bildung ragt über das Landesrecht weit hinaus, in ihr begegnen sich wie auf einem neutralen, internationalen Boden die Juristen aller Zonen und Zungen. Die Gegenstände ihrer Kenntnisse, die Einrichtungen und Rechte der einzelnen Länder sind verschieden, aber die Art, sie zu betrachten und aufzufassen, ist dieselbe — die wahren Juristen aller Orte und Zeiten reden dieselbe Sprache. Die Juristen verstehen sich unter einander, aber der Jurist und Laie, auch wenn sie über ihr einheimisches Recht mit einander reden, sind unter Umständen kaum in der Lage, sich zu verständigen. Die Kluft zwischen dem gebildetsten Laien und einem Juristen der Gegenwart ist ungleich größer, als sie es zwischen einem Juristen des alten Rom und einem englischen, der nie etwas vom römischen Recht gehört hat, gewesen wäre. Die englische Jurisprudenz athmet bei all' ihrer Unbekanntschaft mit der römischen fast denselben Geist wie die altrömische. Dieselbe Handhabung der Form, dieselbe Pedanterie, dieselben Umwege und Scheingeschäfte; selbst die Fictionen fehlen nicht. Für diese allerdings etwas schwerfällige und baroke Art der juristischen Technik (man könnte sie als den juristischen Rococostyl bezeichnen) fehlt dem Laien das Verständniß in dem Maße, daß sie ihm nur Verwunderung, wohl gar ein Lächeln abnöthigen wird; der Jurist wird sie sofort verstehen. Aber auch ganz abgesehen von diesen, einer niederen Entwicklungsstufe angehörigen Formen der juristischen Technik, wird das juristische Denken als solches dem Laien stets etwas Fremdes, Unverständliches bleiben. Daß der Jurist da, wo der Laie nur einen Akt bemerkt, deren zwei

annimmt,[473]) oder da, wo Jener überhaupt keinen Akt ſieht, einen oder gar mehrere ſtatuirt[474]) und umgekehrt da, wo ein äußerer Akt in der That vorliegt, denſelben nicht annimmt, oder ihn in ganz anderer Weiſe auffaßt, als er äußerlich ſich darſtellt;[475]) daß er Geſchäfte, die äußerlich ſich durchaus gleich ſehen, ganz verſchieden behandelt,[476]) alles dieſes wird dem Laien unnatürlich erſcheinen. Und dennoch handelt es ſich in allen dieſen Fällen nicht etwa um eine eigenthümliche Auffaſſungsweiſe der römiſchen Juriſten, ſondern um Geſichtspunkte und Entſcheidungen von einer ſolchen zwingenden juriſtiſch-logiſchen Nothwendigkeit, daß jede andere Jurisprudenz zu ihnen ebenfalls hätte gelangen müſſen.

Die juriſtiſche Auffaſſung alſo und die des Laien ſtehen in einem entſchiedenen Gegenſatz. Aus dieſer Differenz, die eine überall wiederkehrende hiſtoriſche Thatſache iſt, hat man der Jurisprudenz einen Vorwurf gemacht, man hat ihre Entfernung

---

473) So z. B. in dem Fall, wenn der Schuldner im Auftrage des Gläubigers an eine dritte Perſon zahlt, erſtens eine (in der Perſon des Dritten bewerkſtelligte) Zahlung des Schuldners an den Gläubiger und zweitens das zwiſchen dem Gläubiger und dem Dritten intendirte und durch dieſen Zahlungsakt zur Ausführung gelangte Rechtsgeſchäft (ſei es gleichfalls eine solutio, oder eine Schenkung, oder ein Darlehn, oder ein anderes Geſchäft); L. 44 de solut. (46. 3): In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento. Auf ſolche Fälle bezieht ſich die Bemerkung des Juriſten in L. 3 § 12 de don. i. v. et u. (24. 1); celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari.

474) So z. B. wenn der Pächter die Sache vom Verpächter kauft, eine Tradition von jenem an dieſen und von dieſem zurück an jenen (traditio brevi manu); der entgegengeſetzte Hergang findet beim constitutum possessorium Statt.

475) So z. B. die Ratihabition eines früheren ungültigen Geſchäfts als Abſchluß eines neuen; L. 1 § 2 pro donato (41. 6) quasi nunc donasse intelligatur.

476) So z. B. die Aneignung einer vom Eigenthümer preisgegebenen Sache bald als Occupation einer derelinquirten, bald als Erwerb einer tradirten Sache, oder die gewaltſame Aneignung einer Sache bald als erzwungene Tradition, bald als Raub.

von der „natürlichen" Betrachtungsweise als etwas Unnatürliches betrachtet, sie der Künstlichkeit, Spitzfindigkeit u. s. w. beschuldigt und eine Umkehr zu gesunderen Zuständen begehrt. Im Munde des großen Haufens sind solche Ansichten ganz verzeihlich, und vernähme man sie bloß hier, so würde ich gar nicht darauf antworten. Allein da sie auch bei gebildeten Laien nichts weniger als selten sind,[477]) und da es sogar an Juristen nicht gefehlt hat und schwerlich je fehlen wird, die, aus welchen Gründen es immerhin sei, sich in dieser Hinsicht zum großen Haufen geschlagen haben, so möge man es nicht für überflüssig halten, wenn ich einem Abschnitte, der wie kein anderer von den Leistungen und Verdiensten der Jurisprudenz Zeugniß abzulegen gedenkt, eine kurze Apologetik der Jurisprudenz vorausschicke, um bei denjenigen meiner Leser, bei denen dies noch nöthig sein sollte, dasjenige Gefühl hervorzurufen, ohne welches man wie an keine Wissenschaft, so auch nicht an die Jurisprudenz, herantreten sollte —— dasjenige der Achtung vor der in ihr fixirten geistigen Kraft, womit von selbst auch das der Bescheidenheit und des Mißtrauens in das eigene Urtheil gegeben ist.

In der Anklageschrift gegen die Jurisprudenz pflegen zwei Stichwörter: natürliche Anschauung und gesunder Menschenverstand eine große Rolle zu spielen, und man glaubt die Jurisprudenz nicht empfindlicher treffen zu können, als wenn man sie einer unnatürlichen Auffassung und des Widerspruchs mit dem gesunden Menschenverstand zeiht. Es stände schlimm um die Jurisprudenz und das Recht, wenn es anders wäre! Es würde soviel heißen, als daß eine durch Jahrtausende fortgesetzte Beschäftigung mit dem Recht vor der angeborenen Unkenntniß und Unerfahrenheit keinen Vorsprung gewonnen hätte. Die natürliche Auffassung! Was ist sie denn anders als der erst

477) In Rom wie bei uns; für Rom verweise ich auf Cicero, dessen abfällige Urtheile über die Jurisprudenz im Verlaufe der Darstellung mitgetheilt werden, und auf Quintilian, der ihm einfach nachspricht (Inst. Orat. XII 3, § 9, 11), für die heutige Zeit auf Note 472c.

Verſuch des Sehens und folglich die völlige Abhängigkeit eines blöden ungeübten Auges vom äußeren Schein? Jede Erkenntniß beginnt mit ihr, aber nur, um bald inne zu werden, daß der äußere Schein trügt. Der Fortſchritt in der Erkenntniß beſteht gerade in dem unausgeſetzten Sichlosreißen von dem Glauben an die Wahrheit der ſinnlichen Erſcheinung. Gilt für alle übrigen Gebiete des menſchlichen Wiſſens der Satz, daß anhaltende Beſchäftigung mit einem Gegenſtande und fortgeſetzte Beobachtung und Erforſchung desſelben nothwendigerweiſe zu anderen Anſichten führen als eine oberflächliche Beobachtung desſelben — zu Reſultaten, die der letzteren nicht ſelten völlig widerſinnig erſcheinen — wie ſollte der Satz nicht auch für das Recht gelten? In den meiſten anderen Wiſſenſchaften würde kein gebildeter Laie im Fall einer ſolchen Differenz es wagen, ſich die Wahrheit und der Wiſſenſchaft den Irrthum zuzutheilen; in Dingen des Rechts kommt dies täglich vor! Erfahrung und Wiſſen werden als Verkehrtheit und Befangenheit geſtempelt, die völlige Unbekanntſchaft mit der Sache als Vorurtheilsloſigkeit! Wer denn einmal auf die Wahrheit der „natürlichen" Anſicht in Dingen des Rechts pocht, möge es auch bei den Erſcheinungen der Natur thun, möge behaupten, daß die Erde ſtill ſteht, und die Sonne auf- und untergeht, daß es eine Thorheit ſei zu glauben, daß die Luft ein Gewicht habe, da man es ja ſonſt fühlen müſſe. Die Sonne und die Erde und die Luft liegen der natürlichen Anſchauung näher als das Recht, aber während bei ihnen nur ein völlig Ungebildeter ſeinem Auge und Gefühl mehr traut als dem Urtheil der Wiſſenſchaft, macht ſich beim Recht auch der Gebildete täglich dieſer Selbſtüberhebung ſchuldig.

Man wende mir nicht ein, daß doch das Recht im Rechtsgefühl ſeinen Urſprung und Sitz habe. Gewiß! das Rechtsgefühl iſt das Samenkorn, dem das Recht entſproſſen iſt, aber das Samenkorn enthält nur den Keim des Baumes, nicht den Baum ſelbſt — semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit, wie Seneca in dem obigen Motto ſagt — es wächſt und

gedeiht nur dadurch, daß es die Samenkapsel sprengt, sich aus der Sphäre des bloßen Rechtsgefühls in die des Wissens erhebt. So wie der Baum nicht wieder zum Samenkorn werden kann, so vermag auch keine Macht der Erde ein einmal entwickeltes Recht auf die primitive Form des Rechtsgefühls zurückzuführen und es damit dem Laien zurückzugeben.

Die Autorität des „gesunden Menschenverstandes" erkenne ich für die Jurisprudenz als eine ganz entscheidende an, ja ich möchte letztere geradezu definiren als: Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts. Aber sie ist eben ein Niederschlag d. h. eine Ablagerung des gesunden Menschenverstandes unzähliger Individuen, ein Schatz von Erfahrungssätzen, von denen jeder tausendfältig die Kritik des denkenden Geistes und des praktischen Lebens hat bestehen müssen. Wer sich dieses Schatzes zu bemächtigen weiß, der operirt nicht mehr mit seinem eigenen schwachen Verstande, der stützt sich nicht bloß auf seine eigene unbedeutende Erfahrung, sondern der arbeitet mit der Denkkraft vergangener Geschlechter und der Erfahrung verflossener Jahrhunderte und Jahrtausende. Durch diese künstliche Ergänzung der eigenen Kräfte und Mittel ist es möglich, daß auch der Schwache im Dienste der Gesellschaft eine nützliche Verwendung finde; was das Genie entdeckt und geschaffen, wird durch den Fleiß Eigenthum des Mittelmäßigen. Ich kenne kein Gebiet des menschlichen Wissens und Könnens, auf dem nicht der Schwächste, der mit der Intelligenz und der Erfahrung von Jahrhunderten operirt, dem Genie, das dieser Beihülfe entbehrt, überlegen wäre. Welch ein leichtes Ding ist es, das Feld zu bestellen und ein Handwerk zu betreiben, gegenüber der Aufgabe, die schwierigsten Rechtsfragen zu lösen! Wenn aber Jemand zum Betriebe jener beiden Geschäfte nichts weiter mitbrächte als den gesunden Menschenverstand, er würde es mit dem schlechtesten Sachverständigen nicht aufnehmen können, und wollte er gar die Erfahrungssätze mit seinem subjectiven, „gesunder Menschenverstand" titulirten Meinen umstoßen und den Kundigen meistern

und belehren, es würde ihn der dümmſte Bauer und Handwerker verlachen und mit vollem Recht. Und dem Juriſten ſollte nicht das gleiche Recht zuſtehen, wenn ein Laie ſich gegen ihn dasſelbe erdreiſtet? Für Juriſten, die den Wahn von der Möglichkeit eines populären, jedem Bürger und Bauer zugänglichen, den Juriſten entbehrlich machenden Rechts zu theilen und gar zu fördern im Stande ſind, wüßte ich keine beſſere Kur, als ſich einmal als Schuſter und Schneider zu verſuchen, um an Stiefeln und Kleidern inne zu werden, was ſie an der Jurisprudenz nicht gelernt haben: nämlich, daß die einfachſte Kunſt ihre Technik hat, eine Technik, die zwar nichts iſt als der angeſammelte und objectivirte Niederſchlag des geſunden Menſchenverſtandes, die aber gleichwohl nur von demjenigen verſtanden und angewandt werden kann, der ſich die Mühe nimmt, ſie zu erlernen.

In dieſem einfachen Satz iſt die Gegenſätzlichkeit der Jurisprudenz und des Laienthums und damit die Rechtfertigung der Jurisprudenz enthalten. Eine ungleich intereſſantere und fruchtbarere, aber auch um eben ſo viel ſchwierigere Weiſe der Vertheidigung der Jurisprudenz würde darin beſtehen, daß man jene von uns behauptete Übereinſtimmung derſelben mit dem geſunden Menſchenverſtande im Einzelnen nachwieſe. Allein an einer ſolchen Selbſtkritik und Apologetik der Jurisprudenz fehlt es uns zur Zeit noch gänzlich. Zufrieden mit dem feſten Beſitz deſſen, was ſich durch die Erfahrung als brauchbar bewährt hat, und ſich beruhigend bei der Probe, die ihre Lehrſätze täglich beſtehen, hat die Jurisprudenz ſich dieſer ſchwierigen Aufgabe bisher völlig entſchlagen, und man kann ſie in dieſer Beziehung von dem Vorwurf einer gewiſſen Indolenz und eines ſich beim Hergebrachten beruhigenden glaubensſeligen Quietismus nicht frei ſprechen. Nur ſo ward es möglich, daß einzelne ihrer Jünger an ihr ſelber irre wurden und mit dem großen Haufen den Stein auf ſie warfen. Die folgenden Paragraphen werden uns die Gelegenheit verſchaffen, die obige Auffaſſung der Jurisprudenz an einem der wichtigſten Punkte zu erproben und damit letztere zu rechtfertigen.

Bei meiner Behauptung darf man aber ein Doppeltes nicht außer Acht lassen. Erstens: daß dieselbe sich nur auf die Jurisprudenz bezieht, also nur auf das, was sie eingeführt und aufgebracht, nicht aber auf das, was eine äußere Autorität ihr an positivem Stoff aufgedrungen hat, und wofür sie die Verantwortlichkeit von sich ablehnen darf, noch weniger aber auf individuelle Ansichten einzelner Juristen, deren Übereinstimmung mit der gesunden Vernunft freilich mitunter mehr als zweifelhaft, vielleicht auch von ihren Urhebern gar nicht einmal beansprucht worden ist! Die gesunde Kritik des praktischen Lebens richtet die ungesunden Ansichten einfach dadurch, daß sie dieselben ignorirt.

Zweitens: die Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit des Einzelnen liegt, wie überall, so auch hier nicht bloß in ihm selbst, sondern in dem Zusammenhange desselben mit dem Ganzen, kann mithin auch nur aus letzterem begriffen werden. Gerade dadurch entsteht so leicht der Schein der Unvernünftigkeit oder Zweckwidrigkeit des Einzelnen, daß der Urtheilende jenen Zusammenhang nicht kennt und daher in aller Unbefangenheit von der Annahme ausgeht, als verstatteten die einzelnen Punkte eine isolirte Beurtheilung. Wäre diese Annahme eine richtige, so würde die Entscheidung, welche die Jurisprudenz getroffen, nicht so häufig von derjenigen, welche der Laie für die sachgemäße hält, divergiren. Aber eben weil sie es nicht ist, weil beide auf ganz verschiedenen Standpunkten stehen, kann nicht bloß, sondern muß so häufig eine solche Divergenz eintreten. Darum ist es oft kaum möglich, einem Laien die Vernünftigkeit eines einzelnen Satzes begreiflich zu machen, denn ihm fehlt gerade das, woran man anknüpfen müßte: die Kenntniß der Mittelglieder zwischen dem angefochtenen Satz und seinem letzten Grunde, die Anschauung des Ganzen und damit die Einsicht in die zwingende Logik des Zusammenhanges.

## II. Theorie der juriſtiſchen Technik.

### 1. Die Aufgabe der Technik und die Mittel zu ihrer Löſung im Allgemeinen.

**Die Verwirklichungsfrage im Recht — die Aufgabe und die Mittel zur Löſung, namentlich die Technik — die beiden techniſchen Intereſſen — die Praktikabilität des Rechts.**

XXXVIII. Das Recht iſt dazu da, daß es ſich verwirkliche. Die Verwirklichung iſt das Leben und die Wahrheit des Rechts, iſt das Recht ſelbſt. Was nicht in Wirklichkeit übergeht, was bloß in den Geſetzen, auf dem Papiere ſteht, iſt ein bloßes Scheinrecht, leere Worte, und umgekehrt was ſich verwirklicht als Recht, iſt Recht, auch wenn es in den Geſetzen nicht zu finden, und das Volk und die Wiſſenſchaft ſich deſſen noch nicht bewußt geworden ſind (Bd. 1. S. 29 flg.).

Nicht alſo der abſtracte Inhalt der Geſetze entſcheidet über den Werth eines Rechts, nicht die Gerechtigkeit auf dem Papiere und die Sittlichkeit in den Worten, ſondern die Objectivirung des Rechts im Leben, die Thatkraft, mit der das, was als nothwendig erkannt und ausgeſprochen iſt, ausgeführt und durchgeſetzt wird.

Es kommt nun aber nicht bloß darauf an, daß das Recht ſich verwirkliche, ſondern auch darauf, wie es geſchieht. Was nützt die Sicherheit und Unausbleiblichkeit der Verwirklichung, wenn letztere ſo ſchwerfällig und langſam von Statten geht, daß der Rechtſuchende erſt zu ſeinem Recht gelangt, wenn er im Grabe liegt?

Können wir dies „Wie" ſchlechthin beſtimmen? Ich glaube, allerdings. Bei der Frage von der Verwirklichung des Rechts handelt es ſich nicht um etwas Materielles, ſondern um etwas rein Formelles. Wie verſchieden auch der materielle Inhalt der einzelnen Rechte ſein möge, die Verwirklichung derſelben kann und ſoll überall eine gleiche ſein, es giebt in dieſer Beziehung ein

absolutes Ideal, dem jedes Recht nachzustreben hat. Ich führe dasselbe auf eine doppelte Anforderung zurück: die Verwirklichung soll sein einerseits eine unausbleibliche, mithin gleichmäßige und sichere, andererseits eine leichte und rasche.

Fragen wir, wie die Wirklichkeit dieser Anforderung entspricht, so finden wir zwischen den positiven Rechten eine große Verschiedenheit. Hier ein einfaches, rohes, materiell höchst unvollkommenes Recht, aber eine rasche, sichere Art seiner Verwirklichung: eine knappe, strenge Form des Prozesses; dort ein völlig ausgewachsenes, bis ins Kleinste durchgebildetes Recht, die reife Frucht des Alters, aber Prozesse, die nicht enden wollen — ein Reichthum, der zur Last, eine Gründlichkeit, die zum Fluche wird. Man könnte geneigt sein, diesen Gegensatz an die Altersstufen der Rechte anzuknüpfen, in jener Leichtigkeit und Schnelligkeit nur eine natürliche Folge der Einfachheit, in dieser Schwerfälligkeit eine natürliche Folge der Weitschichtigkeit und Complicirtheit der Rechtsverhältnisse zu erblicken. Allein dies wäre verkehrt. Nicht als ob ich den nachtheiligen Einfluß des extensiven und intensiven Wachsthums der Rechte auf die Leichtigkeit und Schnelligkeit der Operation der Rechtsanwendung in Abrede stellen wollte; je schwerer die Last, desto mühsamer, sie zu heben und zu bewältigen, das gilt von körperlichen wie von geistigen Dingen. Allein andererseits ist es doch möglich, den nachtheiligen Einfluß dieses natürlichen Moments des Wachsthums durch die Kunst zu verringern und auszuschließen, und das eben ist die Aufgabe derjenigen Kunst, die wir hier zu betrachten haben: der juristischen. Diese Kunst hält aber mit der materiellen wissenschaftlichen Durchbildung des Rechtes keineswegs immer gleichen Schritt. Erfolgt letztere vorzugsweise durch die Theorie im heutigen Sinn, d. h. einen gelehrten Juristenstand, der nur schreibt und lehrt, das Recht nur darstellt, ohne es anzuwenden, so vergißt die Wissenschaft nur zu leicht, daß sie auch Kunst sein soll, d. h. daß es mit den Begriffen und Rechtssätzen, die sie auf dem Wege der wissenschaftlichen Operation mittelst Interpre-

tation, Conſtruction, logiſcher Conſequenz, Abſtraction gewinnt, allein noch nicht gethan iſt, ſondern daß dieſelben, um im Leben Anwendung finden zu können, auch den Bedingungen desſelben entſprechen müſſen, und es tauchen dann Anſichten und Theorien auf, die ihr Daſein nur an der Stelle friſten können, an der ſie es erhalten haben: auf dem Katheder, bei dem Verſuch, ſich ins Leben zu wagen, aber ſofort documentiren, daß ſie die rauhe Luft der Wirklichkeit nicht vertragen — höchſt ſcharfſinnig, höchſt gelehrt, aber auch höchſt verkehrt — Treibhausproducte ohne Saft und Kraft, Baſtarde der Logik und Gelehrſamkeit mit dem Recht, ungeſunde Katheberjurisprudenz.

Indem wir uns im Folgenden der juriſtiſchen Kunſt zuwenden, wollen wir uns zunächſt der Gründe bewußt werden, die über die Verwirklichungsfrage beim Recht (nicht bloß über die Raſchheit und Leichtigkeit der Anwendung, ſondern über die Löſung der Aufgabe überhaupt) entſcheiden. Welche Gründe, Einflüſſe, Vorausſetzungen u. ſ. w. ſind für dieſelbe maßgebend? Dieſelben liegen theils in, theils außer dem Recht. Zur letzteren Claſſe gehört die intellektuelle und ſittliche Culturſtufe des Volks, die Entwicklung der Staatsidee und der Staatsgewalt, die ſociale Gliederung des Volks, das Machtverhältniß der einzelnen Claſſen, vor allem aber die moraliſche Kraft, deren ſich der Gedanke des Rechts bei dieſem Volke erfreut: ob die Gerechtigkeit dem Volk als etwas Hohes und Heiliges erſcheint oder als ein Gut, wie jedes andere. Von der Energie des Gerechtigkeitsgefühls im Volk hängt im Weſentlichen die Unpartheilichkeit, Integrität u. ſ. w. des Richterſtandes ab. Bei einem Volk, dem die Gerechtigkeit als etwas Heiliges gilt, wird auch der Richterſtand unbeſtechlich und pflichtgetreu ſein — wie das Volk, ſo die Richter. Zu der erſten Claſſe von Gründen, die in dem Recht ſelbſt liegen, gehören theils die Organiſation der Behörden (die Gerichtsverfaſſung) ſowie die Form des Verfahrens (der Prozeß), theils die Beſchaffenheit des materiellen Rechts. Mit dem letzteren Punkte haben wir dasjenige Gebiet des Rechts namhaft gemacht, auf dem die

juriſtiſche Technik vorzugsweiſe berufen iſt, ihren Einfluß zu bekunden.

Daß der materielle Inhalt des Rechts vom größten Einfluß auf deſſen Verwirklichung iſt, bedarf auch für den Laien keiner Bemerkung. Unmögliche Beſtimmungen ſcheitern an ihrer eigenen Unausführbarkeit, und Geſetze, welche mit dem Geiſt der Zeit in Widerſpruch ſtehen, mögen ſie hinter der Zeit zurück oder ihr voraus ſein, können des hartnäckigſten Widerſtandes ſicher ſein. Von dieſer materiellen Angemeſſenheit wird im Folgenden nicht gehandelt werden; — der Juriſt hat über ſie keine Macht, die Frage gehört nicht zur Technik des Rechts. Die Angemeſſenheit des Rechts, welche letztere herzuſtellen die Aufgabe hat, und mit der wir uns im Folgenden allein beſchäftigen, iſt rein formaler Art. Sie liegt beſchloſſen in der Frage: wie ſoll das Recht, ganz abgeſehen von ſeinem Inhalt, eingerichtet und geſtaltet ſein, damit es durch die Art ſeines Mechanismus die Anwendung der Rechtsſätze auf den concreten Fall möglichſt vereinfache, erleichtere, ſichere?

Der ſogenannte geſunde Menſchenverſtand wird keine andere Antwort darauf haben als: klare, beſtimmte und detaillirte Abfaſſung der Geſetze; die Antwort, welche die Jurisprudenz, d. h. die Erfahrung in Dingen des Rechts darauf ertheilt, lautet anders. Daß jene Eigenſchaften, ſo wenig ich ſie im übrigen gering ſchätzen will, nicht ausreichen, läßt ſich leicht erweiſen. Was nützen die genaueſten und ausführlichſten Geſetze, wenn der Richter, wie dies z. B. in der ſpäteren Kaiſerzeit in Rom und heutzutage in England der Fall, ſie mit dem beſten Willen kaum zu bewältigen vermag? Was fruchten die ſchärfſten Begriffsbeſtimmungen und Unterſcheidungen, wenn die Anwendung auf den einzelnen Fall mit den größten Schwierigkeiten zu kämpfen hat, weil es dem Geſetze, um einen früheren Ausdruck zu gebrauchen (Bd. 1. S. 51), an der formalen Realiſirbarkeit gebricht?

Die Frage, um die es ſich hier handelt, iſt eine reine Frage der Zweckmäßigkeit, und die ganze Theorie der Technik iſt nichts

als die erkannte und befolgte Zweckmäßigkeit in Bezug auf die Löſung der obigen Aufgabe. Aber ſo leicht es iſt, ſich hiervon zu überzeugen, nachdem die Löſung gefunden, ſo täuſche man ſich doch nicht über die Schwierigkeiten der Aufgabe. Wir haben es hier mit einem Problem zu thun, für deſſen Bewältigung es der unausgeſetzten Arbeit von vielen Jahrhunderten bedurfte, einer Arbeit, die weit über die Zeiten der eigentlichen Wiſſenſchaft im Recht zurückragt in die Vergangenheit. *Die Technik des Rechts iſt nicht erſt mit der Jurisprudenz in die Welt gekommen.* Längſt vor aller Wiſſenſchaft hat ſich bereits der juriſtiſche Inſtinkt in dunkler Ahnung des Richtigen an der Aufgabe verſucht; mit welchem Erfolg, davon legt das ältere römiſche Recht beredtes Zeugniß ab. Die *Kunſt* iſt auch auf dem Gebiete des Rechts früher als die *Wiſſenſchaft*, denn die Kunſt verträgt ſich mit dem Ahnen, dem bloßen Gefühl oder Inſtinkt, während die Wiſſenſchaft erſt mit dem Erkennen beginnt.

Die techniſche Unvollkommenheit des Rechts iſt keine bloß partielle Unvollkommenheit, keine Vernachläſſigung einer einzelnen *Seite* des Rechts. *Techniſche Unvollkommenheit iſt Unvollkommenheit des ganzen Rechts*, ein Mangel, der das Recht in allen ſeinen Zwecken und Zielen hemmt und beeinträchtigt. Was hilft das Wollen und Setzen der höchſten ethiſchen Anforderungen, was die vollendetſte Erfaſſung der Idee der Freiheit, Gerechtigkeit u. ſ. w. in Form geſetzlicher Beſtimmungen, wenn die Verwirklichung dieſer Ideen am concreten Rechtsverhältniß aus dem Grunde mangelhaft, ſchwerfällig, ungleichmäßig ausfällt, weil es der Technik an der manuellen Geſchicklichkeit fehlt, das Abſtracte, ſo wie es ſich gehört, in Wirklichkeit umzuſetzen? Darum hat die Technik mittelbar eine hohe ethiſche Bedeutung, und die praktiſche Jurisprudenz, indem ſie bei der techniſchen Geſtaltung des Stoffs auch das Kleinſte mit äußerſter Sorgfalt behandelt, darf ſich rühmen, durch Vervollkommnung der Technik des Rechts für das Höchſte und Größte thätig zu werden; ihre unſcheinbare Arbeit in den Niederungen des Rechts

fördert letzteres in Wirklichkeit oft mehr als die tiefſinnigſte Gedankenarbeit.

Die bisherigen Bemerkungen über die Technik habe ich geglaubt vorausſchicken zu dürfen, bevor wir uns über den Ausdruck ſelber verſtändigt haben. Ich gebrauche letzteren in einem doppelten Sinn, in einem ſubjectiven und objectiven. In jenem verſtehe ich darunter die juriſtiſche Kunſt, deren Aufgabe die formale Vollendung des gegebenen Rechtsſtoffs in dem oben angegebenen Sinn iſt, kurz die techniſche Methode; in dieſem die Verwirklichung dieſer Aufgabe am Recht ſelbſt, alſo den entſprechenden techniſchen Mechanismus des Rechts. Ähnlich gebraucht ja die Sprache auch den Ausdruck Mechanik von der Kunſt und von dem durch die Kunſt bewerkſtelligten Mechanismus.

Ein Nachtheil iſt von dieſer zwiefachen Bedeutung des Ausdrucks nicht zu befürchten, die Einſicht des Leſers wird es mir erſparen durch einen eigenen Zuſatz anzugeben, welche von beiden Bedeutungen jedesmal gemeint iſt.

Die geſammte Thätigkeit der juriſtiſchen Technik läßt ſich auf zwei Hauptzwecke zurückführen. Wer das Recht mit Sicherheit anwenden will, muß dasſelbe zunächſt ſich aneignen, es geiſtig beherrſchen. Dieſe Aneignung kann ihm durch die Beſchaffenheit des Rechts ſehr erleichtert und ſehr erſchwert werden. Die Erleichterung dieſer Arbeit mittelſt der möglichſten quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts iſt die eine der beiden Hauptaufgaben der Technik; mit welchem Erfolg und mit welchen Mitteln ſie dieſelbe zu löſen vermag, wird die folgende Darſtellung zeigen. Die zweite Aufgabe derſelben iſt gegeben durch den Zweck der Anwendung des Rechts auf den concreten Fall. Die Fertigkeit der Anwendung iſt allerdings vorzugsweiſe Sache des Subjects, ſie iſt eine Kunſt, die nur durch Übung zu erlernen iſt, allein auch in Bezug auf ſie kann das Recht ſelber durch eine entſprechende Geſtaltung der Rechtsſätze die Aufgabe außerordentlich erleichtern ſowie durch eine verkehrte ſehr erſchweren. Die Beſtimmung Juſtinians z. B. über das

Erbrecht der „armen“ Wittwe oder über die „den Reichen“ erlaubten Einſätze beim Spiel iſt das Muſter eines Geſetzes, wie es *nicht* ſein ſoll — denn beide Begriffe ſind völlig unbeſtimmt, und es iſt unvermeidlich, daß der eine Richter dieſelben ſo, der andere ſie anders anwendet. Dagegen iſt die Anwendung aller Geſetze, welche eine beſtimmte *Zahl* enthalten (z. B. über die Altersſtufen, Verjährung, große Schenkung, großen Diebſtahl) höchſt leicht. Die Aufgabe der Geſetzgebung ſowohl wie der Jurisprudenz beſteht nun darin, Begriffe, welche ſich der ſichern Anwendung entziehen, in eine ſolche Geſtalt zu bringen, welche dieſelbe ermöglicht, den Begriff aus der Sprache des Rechtsphiloſophen, wenn ich ſo ſagen darf, in die des Geſetzgebers und Richters zu überſetzen. Der rechtsphiloſophiſche Gedanke der Mündigkeit iſt Reife der Verſtandesentwicklung, der Volljährigkeit Reife des Charakters, aber für die praktiſche Anwendung iſt dieſer Gedanke ungeeignet, an ſeine Stelle tritt die *Zahl* — was an Wahrheit oder Correctheit des Gedankens verloren geht, wird an praktiſcher Anwendbarkeit desſelben gewonnen. Vortrefflich iſt dieſe Differenz der abſtract philoſophiſchen und der praktiſch juriſtiſchen Faſſung eines und desſelben Gedankens erkannt von Cicero de off. III 17: Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia. Die Rückſicht auf die letztere Eigenſchaft: die formale Realiſirbarkeit des Rechtsſatzes, wie ich ſie früher (Bd. 1 S. 51) genannt habe, oder beſſer der *Geſichtspunkt der Praktikabilität* des Rechts iſt die zweite Hauptaufgabe der Technik. In welchem Maße ſie auf die Geſtaltung der Rechtsſätze zurückwirkt, wird ſchon aus den wenigen angegebenen Beiſpielen erhellen; einer weiteren Ausführung dürfen wir uns hier überheben, da wir den Punkt ſchon an der obigen Stelle behandelt haben.

So verbleibt uns denn für die folgende Betrachtung nur das erſte der beiden genannten techniſchen Probleme: die quantitative und qualitative Vereinfachung des Rechts.

Die Erkenntniß und ſubjective Aneignung des Rechts iſt theils Sache des Verſtandes, theils Sache des Gedächtniſſes, und je nach Beſchaffenheit der Rechte iſt das Maß des erforderlichen Aufwandes der einen oder anderen Geiſteskraft ein verſchiedenes. Es gibt Rechte, die mehr den Verſtand als das Gedächtniß, andere, die mehr das Gedächtniß als den Verſtand in Anſpruch nehmen, Rechte ferner, bei denen die Arbeit für beide eine relativ leichte, andere, bei denen ſie eine unverhältnißmäßig ſchwierige iſt. Im allgemeinen wird ſich die Anſtrengung des Gedächtniſſes nach dem quantitativen, die des Verſtandes nach dem qualitativen Verhalten der Rechte beſtimmen.

Die Leichtigkeit oder Schwierigkeit der ſubjectiven Aneignung des Rechts hat aber nicht ein bloß *ſubjectives* Intereſſe, ſondern mit letzterem trifft hier ein *objectives* d. h. das der Rechtspflege genau zuſammen. Je mehr das Recht dem, der es anzuwenden und mithin zu erlernen hat, durch ſeine Weitſchichtigkeit die Überſicht, durch ſeine Dunkelheit und Unbeſtimmtheit das richtige Verſtändniß erſchwert, um ſo unvollkommener wird, wenn wir im übrigen auf Seiten des Subjects dasſelbe Maß der Kräfte und der Anſpannung derſelben vorausſetzen, die Anwendung des Rechts ſelber ausfallen. Das Intereſſe des Richters und des Verkehrs gehen hier Hand in Hand, und es iſt mithin eine Frage von äußerſter praktiſcher Wichtigkeit, ob und wie es ſich erreichen läßt, die ſubjective Aneignung des Rechts dem Juriſten in einer Weiſe zu erleichtern, daß auch bei der reichſten extenſiven und intenſiven Entwicklung des Rechts das gewöhnliche Maß von Kraft und Fleiß zur Bewältigung der Aufgabe ausreiche.

Das Mittel zur Erreichung dieſes Zwecks beſteht in der *quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts*, mittelſt ihrer iſt dem Juriſten die geiſtige Herrſchaft über das Recht gegeben.

I. *Die quantitative Vereinfachung.* Sie bezweckt eine Verringerung der *Maſſe* des Stoffs, ſelbſtverſtändlich unbeſchadet der mit demſelben zu gewinnenden Reſultate. Ihr Ge-

ſetz iſt: mit möglichſt wenig möglichſt viel auszurichten; je geringer das Material, um ſo leichter und ſicherer iſt es zu handhaben.

Ich nenne dies das Geſetz der Sparſamkeit und erblicke darin eins der Lebensgeſetze aller Jurisprudenz. Eine Jurisprudenz, welche dies Geſetz nicht begriffen hat, d. h. die es nicht verſteht mit dem Material zu ökonomiſiren, wird von der anſchwellenden Maſſe des Stoffs zu Boden gedrückt und erliegt ihrem eigenen Reichthum. Für das richtige Verſtändniß der altrömiſchen Technik iſt die Kenntniß dieſes Geſetzes geradezu unentbehrlich. Den großen Umfang ſeines Verwirklichungsgebiets veranſchaulichen folgende techniſche Operationen, von denen die beiden erſten in den folgenden Paragraphen einer genaueren Erörterung unterzogen werden ſollen:

1. Die Zerſetzung des Stoffs oder die Reduction desſelben auf ſeine einfachen Grundbeſtandtheile (§ 39).
2. Die logiſche Concentration des Stoffs (§ 40).
3. Die ſyſtematiſche Anordnung des Stoffs,

welche gleich hier mit wenig Worten abgethan werden mag.

Die ſyſtematiſche Claſſification enthält in jeder Wiſſenſchaft keine bloß locale Diſtribution der Maſſe, keine bloße durch Zweckmäßigkeitsrückſichten beſtimmte Ortsanweiſung für das Einzelne, um es mit leichter Mühe wieder zu finden, ſondern ſie enthält eine in Form einer Tabelle erſtattete Auskunft über das, was jeder einzelne Gegenſtand oder Begriff iſt, und wie er mit dem Geſammtorganismus der Wiſſenſchaft zuſammenhängt — den Stammbaum der Begriffe. In dem kahlen Skelett, das uns eine Wiſſenſchaft in ihrer Syſtematik darbietet, ſteckt in unſcheinbarſter Geſtalt eine Energie des Denkens, eine Concentration des reichſten Inhalts auf kleinſtem Raum, dem ſich nichts anderes zur Seite ſtellen läßt.

Gegenüber einer namentlich unter praktiſchen Juriſten vielverbreiteten Anſicht, als ob die ſyſtematiſche Frage im Recht ein

rein formales oder theoretiſches Intereſſe habe, kann ich die hohe praktiſche Bedeutung derſelben nicht genug hervorheben. Das Intereſſe der richtigen ſyſtematiſchen Stellung eines Inſtituts iſt kein anderes als das der richtigen materiellen Erkenntniß und Darſtellung desſelben. Wer irgend einen Gegenſtand falſch claſſificirt, z. B. einen Vogel zu den Säugethieren ſtellt, ſagt damit von dem Gegenſtand etwas materiell Falſches aus, und dieſer Eine Irrthum kann die Quelle von unzähligen anderen werden. Syſtematiſche Verſehen ſind daher nicht harmloſe, unſchuldige Irrthümer, ſondern ſie gehören zu den gefährlichſten, die es gibt, und die Sorgfalt, welche die Theorie auf die ſyſtematiſche Frage verwendet, iſt im höchſten Grade gerechtfertigt und macht ſich reichlich bezahlt. Es würde in meinen Augen ein höchſt ergiebiges und dankbares Thema ſein, eine Geſchichte der Irrthümer zu liefern, die lediglich aus einer falſchen ſyſtematiſchen Stellung hervorgegangen ſind. Jeder ſyſtematiſche Fehler iſt das Produkt und zugleich die Quelle einer mangelhaften Erkenntniß des Gegenſtandes, ein falſcher Wegweiſer, und ſo lange die Wiſſenſchaft noch die rechte ſyſtematiſche Stelle für den Gegenſtand nicht gefunden, hat ſie ihn auch noch nicht recht begriffen, denn begreifen heißt nicht, den Gegenſtand bloß an und für ſich erfaſſen, ſondern auch in ſeinem Zuſammenhange mit anderen.

4. Die juriſtiſche Terminologie.

Es iſt begreiflicherweiſe nicht dieſes Orts, die Nothwendigkeit und den hohen Werth einer richtig ausgebildeten d. h. ſcharf ausgeprägten und reich entwickelten Kunſtſprache für die Wiſſenſchaft auseinander zu ſetzen, den Nachweis zu führen, in welchem Maße die Beſtimmtheit, Sicherheit und Raſchheit des wiſſenſchaftlichen Denkens durch ſie bedingt iſt; wir beſchränken uns lediglich auf den Dienſt, den ſie dem Juriſten in Bezug auf den oben genannten Zweck gewährt. Nun iſt es zwar klar, daß der Kunſtausdruck den Gedanken oder Inhalt, den er bezeichnen ſoll, um nichts einfacher macht, als er an ſich iſt, allein er bringt ihn in eine Form, die den Gebrauch desſelben unendlich vereinfacht

und erleichtert. Mit einem einzigen Kunſtausdruck erſparen wir uns hundert Worte;[481]) ſo lange der Kunſtausdruck für eine eigenthümliche wiſſenſchaftliche Wahrheit oder Anſchauung noch fehlt, fehlt ihr dasſelbe, was dem Stück Metall, bevor es geprägt wird: die Fähigkeit als Münze zu courſiren. Die Sache allein thut es nicht, es gehört der Name dazu; auch in der Wiſſenſchaft muß der Geburt die Taufe folgen — wo der Name fehlt, ſpricht die Vermuthung dafür, daß auch die Sache oder wenigſtens das Bewußtſein derſelben fehle. Eine Ausartung der Terminologie iſt die bloße Nomenklatur, welche auch das Werthloſe mit Namen verſieht — eine Richtung, welche bekanntlich in unſerer Wiſſenſchaft vor noch nicht langer Zeit recht einheimiſch war; ſo gerechtfertigt der Widerſtand gegen ſie iſt, ſo unberechtigt iſt er gegen die Terminologie als ſolche, ſelbſt wenn letztere ſich hergebrachter Fremdwörter bedient.[482])

---

481) Wie vieler Worte würde es z. B. bedürfen, um den Satz: die Evictionsleiſtung erſtreckt ſich nicht auf necessariae impensae, in die Sprache des Laien zu überſetzen.

482) Das Verlangen, daß die Jurisprudenz ſich möglichſt der Ausdrücke des gewöhnlichen Lebens bedienen ſolle, um dem Laien das Verſtändniß des Rechts zu erleichtern, beruht auf einem frommen Wahn. Ob man für die lateiniſchen Ausdrücke: culpa, dolus u. ſ. w. deutſche wählt, gewährt dem Bürger und Bauern für das Verſtändniß des Rechts keine Erleichterung, es handelt ſich nicht um das Verſtändniß von Ausdrücken, ſondern von Begriffen, und ſo wenig der Bauer eine algebraiſche Formel darum verſteht, weil ſie mit gewöhnlichen Buchſtaben, Zahlen u. ſ. w. geſchrieben iſt, ebenſowenig verſteht er unſere juriſtiſchen Formeln, wenn wir ſtatt culpa Schuld, dolus Betrug u. ſ. w. ſagen. Daß aber die Ausdrücke einer todten Sprache für die Terminologie vortheilhafter ſind, als die einer lebendigen, bedarf ſchwerlich eines Nachweiſes. Der Sinn, in dem die Wiſſenſchaft die Worte der Mutterſprache gebraucht, wird und muß nothwendigerweiſe oft ein anderer ſein, als der, in dem das Leben ſie nimmt, ſchon darum, weil die Bedeutung des Ausdrucks im Leben ſich nicht ſelten ändert, während die Wiſſenſchaft bei der bisherigen verbleiben muß, ſo wie umgekehrt auch das Leben ſich durch die Begriffsbeſtimmung der Wiſſenſchaft nicht wird abhalten laſſen, den Ausdruck in einem anderen Sinn zu nehmen. Die Sprache der Wiſſenſchaft und des Lebens ſind vielfach zwei verſchiedene Sprachen.

5. Die Kunst der geschickten Verwendung des Vorhandenen (die juristische Ökonomie) (§ 56—69).

II. Die qualitative Vereinfachung des Rechts. Die Leichtigkeit und Schwierigkeit der Auffassung und Aneignung eines Gegenstandes bestimmt sich nicht bloß nach dem quantitativen Moment, nach der Ausdehnung und dem Umfang des Stoffes, sondern ebenso sehr nach dem qualitativen, nach der inneren Ordnung, Symmetrie, Einheit des Gegenstandes. Qualitativ einfach ist das Recht, wenn es wie aus Einem Gusse ist, wenn die Theile unter sich scharf begränzt und geschieden sind und dennoch sich harmonisch zu einer Einheit zusammenfügen, wenn also das Auge den Theil ebenso leicht wie das Ganze erfassen kann. Wodurch die Jurisprudenz dies erreicht, wird in dem Abschnitt über juristische Construction (§ 41) gezeigt werden.

Es sollen jetzt drei der oben genannten Operationen: die Analyse, die Concentration und die Construction näher erörtert werden. Dieselben greifen im Einzelnen allerdings vielfach ineinander über, allein dennoch ist eine begriffliche Unterscheidung derselben nicht bloß möglich, sondern zum Zweck der gesonderten Darstellung absolut geboten. Es verhält sich damit ähnlich, wie mit der Unterscheidung der verschiedenen Geistesvermögen. Von letzteren arbeitet nie eine einzelne Kraft für sich allein, oder richtiger, die verschiedenen Kräfte, die wir annehmen, sind nur ebenso viele Seiten und Richtungen einer und derselben Kraft, allein dennoch ist, um sich diese Verschiedenheit zum Bewußtsein zu bringen, eine Trennung und abgesonderte Darstellung derselben unerläßlich. In diesem Sinne bitte ich auch die Unterscheidung jener drei Operationen aufzufassen.

## II. Die drei Fundamental-Operationen der juriſtiſchen Technik.

### 1. Die juriſtiſche Analyſe (das Rechtsalphabet).

**Der einfache Rechtskörper — localiſirende und abſtracte Rechtsproduction — hiſtoriſche Erſcheinung des Abſtracten im Concreten (die Durchbruchspunkte; analoge Ausdehnung) — die Buchſtaben des Rechts — Vergleichung des Alphabets des Rechts mit dem der Sprache.**

XXXIX. Eine der großartigſten, fruchtbarſten und doch zugleich einfachſten Entdeckungen, die der menſchliche Geiſt je gemacht hat, iſt das Alphabet. Vierundzwanzig Zeichen geben uns die Herrſchaft über einen unerſchöpflichen Schatz, und die Handhabung dieſes Mittels iſt in dem Maße leicht und einfach, daß die Operationen des Fixirens der Worte durch Zeichen und die Entzifferung der Zeichen: das Schreiben und Leſen, ſelbſt einem Kinde begreiflich gemacht und von ihm bis zur größten Vollkommenheit erlernt werden können. Ohne das Alphabet würde eine ſolche Herrſchaft über die Sprache ſelbſt der höchſten Kraft und der äußerſten Anſtrengung nicht erreichbar ſein, Leſen und Schreiben würden für die ſchwierigſten aller Künſte und Wiſſenſchaften gelten.

Das Alphabet enthält für das Gebiet der Sprache die Löſung einer Aufgabe, die wir oben für das Recht als das Hauptproblem der Technik bezeichnet haben: die Erleichterung der Herrſchaft über den Stoff durch Vereinfachung desſelben, und es lieg daher ſehr nahe zu fragen, ob nicht dieſelbe Weiſe der Löſung auch hier anwendbar, d. h. ob nicht die Idee des Alphabets auf das Recht übertragbar ſei. Die Idee des Alphabets aber beruht auf Zerſetzung, Zurückführung des Zuſammengeſetzten auf ſeine Elemente, das Alphabet iſt aus der Beobachtung hervorgegangen, daß die Sprache ihren ganzen Reichthum an Worten durch eine verſchiedene Combination gewiſſer Grundlaute gebildet hat, und daß mithin die Entdeckung und Bezeichnung dieſer Grundlaute

ausreicht, um mit und aus ihnen jedes beliebige Wort zusammenzusetzen. Müßte der Gesetzgeber für jedes Rechtsverhältniß oder jede besondere Gestaltung eines solchen eine Regel aufstellen, es würde der Stoff uns nicht bloß durch seine Massenhaftigkeit erdrücken, sondern uns gleichwohl noch täglich im Stich lassen, da in derselben Weise, wie der Fortschritt des Denkens jeder Zeit neue Worte, so auch der der Verkehrsbewegung neue Rechtsverhältnisse oder eigenthümliche Complicationen derselben hervorbringt.

Glücklicherweise ist aber dies neue nur zum kleinsten Theil wirklich neu, zum bei weitem größten Theil kehren in demselben nur vorhandene Größen wieder, die sich nur eigenthümlich verbunden oder gestaltet haben; das Neue ist nur eine Combination oder eine Modification gewisser Grundbegriffe, der einfachen Elemente des Rechts. Auch für das Recht also beruht die Möglichkeit der verhältnißmäßig leichten Beherrschung eines scheinbar unerschöpflichen Stoffes auf derselben Procedur wie bei der Sprache: der Zersetzung und Auflösung des Stoffs in seine einfachen Elemente, und es bewährt sich hier die Bemerkung, die wir früher (S. 27) Gelegenheit hatten zu machen, daß das Wesen des Rechts in dem Zersetzen, Scheiden, Trennen besteht. Die juristische Technik, der es zukommt, diese Aufgabe zu lösen, läßt sich daher nach dieser Richtung als die Chemie des Rechts bezeichnen, als die juristische Scheidekunst, welche die einfachen Elemente des Rechts aufzufinden hat.

In welcher Weise geschieht diese Zersetzung, wie ist sie möglich? Ich hoffe dies bereits an dieser Stelle klar machen zu können, will jedoch bemerken, daß dieser Gegenstand erst bei Gelegenheit der juristischen Construction sein volles Licht erhalten kann.

Ich setze den Fall, daß eine Gesetzgebungscommission bei Ausarbeitung des Obligationenrechts sich zuerst dem Kaufcontract zugewandt und dabei alle denkbaren Fragen, die im Leben bei ihm vorkommen können, entschieden hat. Gelangt sie später zu den übrigen Contracten, z. B. dem Tausch-, Miethcontract, so wird sich zeigen, daß neben solchen Fragen, die sich ausschließlich auf

letzteren beziehen, auch ſolche wiederkehren, die bereits bei Gelegenheit des Kaufcontracts entſchieden worden ſind, z. B. die Frage über den Einfluß des Irrthums auf die Gültigkeit des Contracts, über die Folgen der Mangelhaftigkeit oder der Verzögerung der Leiſtung. Es wäre nun denkbar, daß man eine ſolche ſich öfter wiederholende Frage mit Rückſicht auf die wirkliche oder vermeintliche Beſonderheit des Verhältniſſes jedes Mal von neuem und in anderer Weiſe entſchiede. Unter dieſer Vorausſetzung würde das Geſammtmaterial, das zur Beantwortung der Einen Frage producirt worden wäre, ſich von den einzelnen Verhältniſſen nicht in der Weiſe trennen laſſen, daß aus demſelben eine für alle einzelnen Verhältniſſe zutreffende *allgemeine* Theorie jener Frage gebildet werden könnte; wollte die Jurisprudenz es gleichwohl verſuchen, ſo würde ſie damit nichts weiter gewinnen als eine rein äußerliche, nutzloſe Zuſammenſtellung, ein Aggregat abgeriſſener Bruchſtücke ohne innere Einheit.

Eine ſolche rein *localiſirende* Art der Behandlung von Seiten der Geſetzgebung iſt aber in Wirklichkeit gar nicht zu befürchten; ſie wird ſich der Wahrnehmung nicht zu entziehen vermögen, daß bei den verſchiedenen Rechtsverhältniſſen ſich gewiſſe Fragen wiederholen, und ſie wird ohne Noth für ſie bei dem einen nicht eine andere Entſcheidung treffen als bei dem anderen. Das Moment der Allgemeinheit, das in den Dingen liegt, muß ſich nothwendigerweiſe auch an den Rechtsſätzen bewähren, und neben denjenigen Rechtsſätzen, die in Wirklichkeit *local* d. h. dem einzelnen Inſtitut: dem Kauf-, Tauſch- und Miethcontract u. ſ. w. eigenthümlich ſind, wird es andere geben, die ihnen allen gemeinſam: *abſtracter* Art ſind. Die intellektuelle Operation, welche ihre Auffindung und Aufſtellung zum Zweck hat: die *Abſtraction* des Allgemeinen enthält eine Anwendung der analytiſchen Methode, denn ſie beſteht in nichts anderem als in der Ausſcheidung des Allgemeinen aus dem Einzelnen, der Zerſetzung des Stoffs in ſeine allgemeinen und partikulären oder localen Beſtandtheile. Ihr Zweck iſt nicht möglichſte Beſeitigung des In-

dividuellen und Erſetzung desſelben durch allgemeine Geſichtspunkte, ſondern im Gegentheil Klarſtellung deſſen, was in Wirklichkeit individuell und in Wirklichkeit allgemein iſt; ſie fördert dadurch ebenſo ſehr die richtige Auffaſſung des Einen wie des Anderen. Zugleich aber verringert ſie damit das Volumen des Stoffes, indem ſie der mehrfachen Behandlung eines und desſelben Gedankens an verſchiedenen Punkten des Syſtems vorbeugt.

Die Macht der Dinge ſetzt aber auch dieſer Richtung eine gewiſſe Gränze. Das praktiſche Bedürfniß (utilitas) wird es mitunter erheiſchen, daß der Geſetzgeber die abſtracte Regel zu Gunſten eines beſonders eigenthümlich gearteten Verhältniſſes opfere, die an ſich allgemeine Frage alſo in Anwendung auf dieſes Verhältniß local entſcheide. Dies iſt das jus singulare der Römer. Nicht das individuelle Recht ſchlechthin heißt ſo, alſo z. B. nicht die eigenthümlichen Grundſätze der Conſenſual-Verträge im Gegenſatz zu den Real-Contracten, ſondern nur die locale Abweichung von einem an ſich allgemeinen Princip (ratio juris).[494] Diejenigen Rechtsſätze, die ihrer Natur nach nothwendig local, weil durch die Individualität dieſer Species gegeben ſind, enthalten keine Abweichung von einem Allgemeinen, weil es für ſie kein Allgemeines gibt; ſie ſind ſpeciell, aber nicht ſingulär. Ebenſo wenig darf man von einem jus singulare ſprechen, wo der ganze Stoff von vorn herein localiſirt iſt, wie z. B. bei den Friſten der Verjährung oder den Enterbungsgründen.

Die Jurisprudenz kann das Allgemeine nur abſtrahiren d. h. es herausholen, wo es iſt, aber ſie kann es nicht ſchaffen. Der Erfolg ihrer auf Gewinnung des Allgemeinen gerichteten Bemühungen iſt daher weſentlich davon abhängig, wie das Recht ſelber von vornherein angelegt iſt, ob in ihm, wie im römiſchen, von früh auf eine mehr centraliſirende, oder wie im deutſchen, eine mehr localiſirende Richtung heimiſch geweſen iſt.

494) L. 16 de leg. (1. 3) .. quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

Auf jedem Gebiet der Erkenntniß erblickt und gewinnt der menſchliche Geiſt früher das Concrete als das Abſtracte. Darum erſcheinen auch im Recht die concreten Partien d. h. die Rechtsſätze für einzelne Rechtsverhältniſſe hiſtoriſch ungleich früher entwickelt als die abſtracten Partien. Bevor letztere in ihrer wahren d. h. allgemeinen Form von der Geſetzgebung oder Wiſſenſchaft erkannt und ausgeſprochen wurden, haben ſie nicht ſelten eine lange Vorgeſchichte durchmachen, verſchiedene Phaſen zurücklegen müſſen. Dieſe Entwicklungsgeſchichte derſelben gehört zu den intereſſanteſten Erſcheinungen auf dem Gebiet der Rechtsgeſchichte, und es iſt für uns um ſo nöthiger, dieſelbe kennen zu lernen, als an ihr eine der wichtigſten Aufgaben und Operationen der juriſtiſchen Technik zu Tage tritt.

Die Erſcheinung, die ich meine, und zu der uns die Geſchichte nicht bloß des römiſchen, ſondern eines jeden Rechts eine Reihe von Beiſpielen liefert, beſteht darin, daß ein abſtracter Gedanke urſprünglich erſt in beſchränkter Weiſe bei einem einzelnen Punkt, den ich den hiſtoriſchen Durchbruchspunkt[495]) desſelben nennen möchte, zum Vorſchein kommt und erſt nach und nach die Ausdehnung und Ausbreitung erlangt, die ihm ſeiner Natur nach gebührt. Auch die Gedanken haben um ihre Exiſtenz zu ringen und nicht ſelten ſich jeden Fußbreit Landes mühſam zu erkämpfen. Erſchienen ſie ſofort in ihrer ihnen dermaleinſt beſchiedenen Allgemeinheit, man würde ſie nicht verſtehen und ſich ihnen widerſetzen. Darum treten ſie urſprünglich nur ſchüchtern und beſcheiden in die Wirklichkeit und begnügen ſich mit einem kleinen Gebiet, bis die Geiſter ſich allmälig an ſie gewöhnt, und ſie ſelber ſich in irgend einem Punkte ſo feſtgeſetzt und gekräftigt haben,

495) Nicht zu verwechſeln mit dem Einfluß, den irgend ein beſonderes Verhältniß, Intereſſe u. ſ. w. — das hiſtoriſche Motiv — auf die Hervorbringung eines allgemeinen Rechtsſatzes ausüben kann. Als hiſtoriſches Motiv der Einführung der Codicille wird uns die Abweſenheit genannt (pr. I. de codicill. 2. 25 . . propter magnas et longas peregrinationes), allein das Inſtitut ward von vornherein nicht auf dieſe Vorausſetzung beſchränkt, es galt allgemein für Anweſende und Abweſende.

daß sie von dort aus weiter vorzudringen vermögen. Ihr Anspruch auf Allgemeinheit und damit die Inconsequenz, deren man sich durch ihre Beschränkung auf ein einzelnes Verhältniß schuldig macht, kann sich auf die Dauer der Wahrnehmung nicht entziehen, denn die Consequenz ist eine Macht, die langsam, aber sicher, die unbewußt, aber nicht minder wirksam im Geist fortarbeitet, die längst empfunden und gefühlt wird, bevor sie erkannt ist. Darum kommt auch für jene Gedanken unausbleiblich die Zeit, wo man fragt: warum gelten sie bloß hier, warum nicht auch in dem und jenem völlig gleichartigen Verhältniß, eine Zeit, wo Manchem die seitherige Beschränktheit ihrer Geltung nicht minder auffällig und verwunderlich erscheinen muß, als vor und zur Zeit ihrer Einführung einem Anderen der Vorschlag, sie auch nur in beschränktester Weise zuzulassen.

Ich will das Gesagte an einer tabellarisch geordneten Reihe von Beispielen aus dem römischen Recht erläutern. Die Columne links bezeichnet den Gedanken in seiner späteren ausgewachsenen d. h. allgemeinen Gestalt, die Columne rechts den Durchbruchspunkt desselben, bei dem er historisch zuerst in beschränkter Weise zum Vorschein gekommen ist.

| | |
|---|---|
| 1. Haftung des Principals aus den Verträgen des Vertreters. | Rhederei und Handel (act. exercit. und institoria). |
| 2. Schutz der bonae fidei possessio durch die act. Public. (Idee des relativ-besseren Rechts). | Verkauf und Tradition. |
| 3. Die act. quanti minoris und redhibitoria. | Sklaven- und Vieh-Handel. |
| 4. Restitution bei Verlust durch unverschuldete Versäumniß. | Abwesenheit. |
| 5. Fixirung der gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen durch dolose Veräußerung der Sachen. | Hereditatis petitio. |

6. Fingirte Erfüllung der Bedingung (S. 170, Anm. 235). — Bedingtes Vermächtniß der Freiheit.
7. Dinglicher Schutz des Pfandes. — Pachtverhältniß (act. Serviana).

Diese Beispiele ließen sich noch um viele vermehren, für unseren Zweck reichen jedoch die mitgetheilten vollkommen aus.

Worauf es mir vor allem bei dieser ganzen Erscheinung ankommt, ist, den Gedanken fern zu halten, daß es sich hier um etwas Zufälliges oder eine unvollkommene Entstehungsweise des Rechts handle. Zufällig ist weder die Erscheinung selbst im allgemeinen, denn es ist nichts als das allbekannte Gesetz des Werdens, das sich in ihr verwirklicht, noch ist es im einzelnen Fall zufällig, daß ein neuer Gedanke gerade bei diesem Punkt zum Durchbruch kommt. Die Gründe, welche dies bedingen, können verschiedener Art sein. Zunächst gehört dahin die größere Dringlichkeit des Bedürfnisses. Dasselbe tritt nicht überall sofort in gleicher Weise auf, es wird an dem einen Punkt früher oder stärker fühlbar als an dem anderen; so. z. B. in Fall 1, 3, 4, 6, 7. Ein zweiter Grund ist die Leichtigkeit der legislativen Gestaltung des Gedankens in Richtung auf dieses bestimmte Verhältniß, wofür auf Fall 2 und 4 und, wenn ich noch andere Beispiele hinzufügen soll, auf die Priorität des Sachenbesitzes vor dem Quasibesitz, auf die ursprüngliche Beschränkung des Ususfructus, Depositums, der Miethe auf individuell bestimmte Gegenstände gegenüber der späteren Ausdehnung dieser Verhältnisse auf generisch bestimmte Sachen, auf die ursprüngliche Fassung des damnum injuria datum als damnum corpore corpori datum verwiesen werden mag. Der Vollständigkeit wegen muß ich noch eines anderen Grundes gedenken. Die beiden so eben angeführten setzen voraus, daß der Rechtssatz oder Gedanke von vornherein in allgemeiner Gestalt hätte auftreten können, d. h. daß ein weiteres als sein ursprüngliches Anwendungsgebiet von Anfang an für ihn möglich gewesen wäre. Nun ist aber auch der Fall denkbar, und er ist im römischen Recht nicht selten, daß irgend ein Princip oder

Begriff ursprünglich sich aus dem Grunde an ein besonderes Verhältniß angelehnt und sich in ihm localisirt hat, weil letzteres damals das einzige seiner Art war. Gattungs- und Artbegriffe fallen hier ganz zusammen; was der Gattung angehörte, kam in Gestalt der Species zu Tage. Nehmen wir beispielsweise den Gattungsbegriff des jus in re aliena. Eine Reihe von Rechtssätzen, die sich aus ihm ergeben, wie z. B. daß der Inhalt eines solchen Rechts nicht in Handlungen des Herrn der belasteten Sache bestehen kann, daß dasselbe durch Consolidation untergeht u. s. w., haben sich historisch zuerst an der Servitut entwickelt, weil letztere lange Zeit hindurch das einzige jus in re war. Manche dieser Sätze haben ihre ursprüngliche, auf die Species lautende Form noch beibehalten (z. B. servitus in faciendo consistere nequit, nulli res sua servit), obschon diese enge Fassung für das neuere Recht gar nicht mehr zutrifft. Ähnlich verhält es sich mit dem Begriff der erbrechtlichen Universalsuccession. Im älteren Recht war die hereditas die einzige Art der Universalsuccession, der Gattungsbegriff konnte also nur an ihr erfaßt werden, die erbrechtlichen Regeln lauteten daher sämmtlich auf hereditas (z. B. semel heres semper heres). Seit dem Aufkommen der Bonorum Possessio hätten sie diese Fassung wenigstens überall da, wo sie nicht etwas Specifisches der hereditas, sondern etwas der ganzen Gattung Gemeinsames betrafen, ablegen müssen, nichts desto weniger aber haben sie dieselbe auch im neueren Recht beibehalten.

Werfen wir schließlich noch einen Blick auf die Art und Weise, wie die Verallgemeinerung des Gedankens zu geschehen pflegt, so scheint diese Art der Fortbildung des Rechts vorzugsweise der Jurisprudenz vorbehalten zu sein. Im römischen Recht wenigstens sind mir, abgesehen von dem Fall, wo es sich um Verallgemeinerung eines ursprünglich nur einem einzelnen Stande verliehenen Privilegiums handelt, keine Fälle bekannt, in denen die Gesetzgebung sich selbst dieser Aufgabe unterzogen hätte. Die Operation, mittelst deren die Jurisprudenz dieselbe löste, ist unter

dem Namen der analogen Ausdehnung allbekannt, sie dürfte durch den Zusammenhang, in den unsere Darstellung sie bringt, in ein helleres Licht getreten sein.

Zunächst in Bezug auf ihre Berechtigung und Nothwendigkeit. So lange in der Geschichte das Gesetz gelten wird, daß das Allgemeine nicht sofort in allgemeiner, sondern erst in beschränkter Form zur Welt kommt, wird auch das Bedürfniß der analogen Ausdehnung bestehen; die Natur der Dinge selber macht hier die Nachhülfe des Juristen nothwendig. Der Werth der obigen Auffassung bewährt sich sodann noch an der Möglichkeit einer genaueren Bestimmung des Begriffs der analogen Ausdehnung und der dadurch vermittelten zutreffenden Feststellung der für sie geltenden Gesetze. Der Begriff läßt sich dahin bestimmen, daß diese Operation nichts ist als die Ablösung des seiner Natur und Bestimmung nach Allgemeinen von seiner localen historischen Erscheinungsform. Sie beruht also auf einer Analyse des historisch zur Einheit eines Instituts vereinigten Rechtsstoffes, und zwar der Scheidung derjenigen Bestandtheile (Rechtssätze), welche lediglich aus dem eigenthümlichen Zweck und Begriff dieses Instituts geflossen sind, rein der Species angehören (wesentlich-locale Bestandtheile), von denjenigen, welche nur in diesem Institut zur Erscheinung gelangt, ihrem Wesen nach aber abstracter Art sind (zufällig oder historisch-locale). Der Gedanke, welcher der act. exercit. und instit., der publiciana, der redhibit. und quanti minoris zu Grunde lag, war ein allgemeiner, und als die Juristen diese Klagen auf andere analoge Verhältnisse erstreckten, dehnten sie denselben nicht sowohl aus, sondern sie erkannten ihn nur in seiner wahren Gestalt, sie befreiten ihn bloß von seiner zu engen historischen Erscheinungsform. Darin liegt keine Überhebung von Seiten der Jurisprudenz, sie greift nicht in die Rechte des Gesetzgebers ein, sie schafft nicht, sondern sie übt nur eine höhere Kritik und Interpretation, eine Kritik und Interpretation nicht der Worte, sondern des legislativen Gedankens. Allerdings erfordert diese Operation eine

größere Geschicklichkeit der Abstraction und ein feineres Unterscheidungsvermögen als die gewöhnliche Interpretation, und Mißgriffe sind hier nach beiden Seiten möglich, nämlich sowohl daß zu viel als daß zu wenig gethan wird d. h. daß man fälschlich die wesentlich-localen Bestandtheile für abstracte und umgekehrt die abstracten für wesentlich-locale erklärt. Der erste Mißgriff ist regelmäßig [496]) kaum zu befürchten, schon darum weil es bequemer und sicherer ist bei dem unmittelbaren Inhalt des Gesetzes stehen zu bleiben als sich in freier Weise über ihn zu erheben. Darum wird die Jurisprudenz ungleich häufiger in die Lage kommen, den entgegengesetzten Vorwurf über sich ergehen lassen zu müssen. Auch für sie gehört erst eine längere Zeit der Gewöhnung an neue Gedanken dazu, bis sie zur Einsicht gelangt, daß dieselben berechtigt sind, ein größeres Geltungsgebiet zu beanspruchen, als sie bei ihrem ersten Auftreten inne haben, und bis sie den Muth gewinnt, ihnen dasselbe praktisch zu vindiciren. Die analoge Ausdehnung ist überall die Frucht eines langsamen Reifens der Anschauung; bevor ihre Zeit nicht gekommen, ihre Nothwendigkeit nicht allseitig erkannt ist, wird ein Anlauf dazu von Seiten eines Einzelnen keine Folge haben. Das wird sich zu allen Zeiten wiederholen, und darin liegt die sicherste Garantie gegen jede Übereilung.

---

Die bisherige Entwicklung hat gezeigt, wie auf dem Wege der logischen Zersetzung sich innerhalb des Rechts eine Scheidung seiner Bestandtheile vollzieht, indem die allgemeinen Gedanken, die historisch zuerst am Concreten und Speciellen zur Existenz ge-

---

496) Bei der späteren Form der römischen Rechtsbildung durch kaiserliche Rescripte war die Gefahr einer ungehörigen Generalisirung d. h. einer Ausdehnung rein individueller, lediglich für den concreten Fall bestimmter Entscheidungen (constitutiones personales) allerdings ungleich größer, aber nicht die Jurisprudenz verschuldete sie, sondern die Willkür, mit der die Kaiser das Recht als Gnadensache behandelten. In dem späteren Verbot einer analogen Benutzung ihrer Rescripte sprachen sie sich selbst das Urtheil.

langen, ſich nach und nach von dieſer Verbindung löſen und die ihnen zukommende abſtracte Geſtalt gewinnen. Der Rückſtand an Rechtsſätzen, der übrig bleibt, nachdem ſie ſich von ihm zurückgezogen haben, gehört ausſchließlich dieſem ſpeciellen Verhältniß an, das Geltungsgebiet dieſer Rechtsſätze iſt alſo ein höchſt beſchränktes, local fixirtes, während jene allgemeinen Rechtsſätze der atmoſphäriſchen Luft über der Erdoberfläche gleichen, welche an keinen einzelnen Punkt derſelben feſt gebunden iſt, ſondern ſich frei über ihr bewegt, andererſeits aber mit jedem Körper auf der Erdoberfläche eine Verbindung eingehen kann. Die Rechtsſätze der erſteren Art ſchließen ſich nach Maßgabe des Zwecks, auf den ſie ſich beziehen, zu einheitlichen Geſtaltungen, Begriffen zuſammen, die als ſolche ohne Mitwirkung irgend welcher anderen Begriffe concrete Geſtalt annehmen können, während die Rechtsſätze der zweiten Art oder die Begriffe, die aus ihnen gebildet ſind, dieſe Fähigkeit nicht beſitzen, vielmehr nur in und an den Begriffen der erſteren Art ihre Verwirklichung erlangen.

Erſtere bezeichne ich aus dem Grunde als *ſelbſtändige*, letztere als *unſelbſtändige* Rechtskörper. Als Beiſpiele der erſteren Art nenne ich den Kaufcontract, die Weggerechtigkeit, das Teſtament, als Beiſpiele der zweiten Art den Irrthum, die Nichtigkeit, die Mora. Ein Irrthum als ſolcher d. h. unabhängig von einem concreten Rechtsverhältniß, eine Mora als ſolche d. h. ohne Beziehung auf eine beſtehende Obligation, kann praktiſch gar nicht vorkommen, beide müſſen ſich mit ſelbſtändigen Körpern, mit einer Handlung, einer Obligation verbinden. Wenn wir unſern obigen Vergleich der Begriffe des Rechts mit den Buchſtaben hierauf ausdehnen wollen, ſo können wir die abſtracten die Conſonanten, die concreten die Vocale nennen. Hiermit hängt ein anderer Unterſchied derſelben zuſammen. Die abſtracten Elemente nämlich beſitzen eine ungleich größere Anwendbarkeit, weil ſie nicht an ein einzelnes Verhältniß gebunden ſind; der Irrthum z. B. kann bei einem Contract, einer Tradition, einer Zahlung, einem Legat u. ſ. w. vorkommen. Die ſelbſtän-

digen hingegen betreffen immer nur ein ganz ſpecielles Verhältniß, ſie ſind räumlich fixirt, localiſirt. Sie können ſich übrigens nicht bloß mit den abſtracten, ſondern auch unter ſich zu einem zuſammengeſetzten Rechtsverhältniß verbinden, während erſtere, um ſich concret zu realiſiren, ſtets der Verbindung mit einem Körper der anderen Klaſſe bedürfen. Man nehme z. B. die oben genannten Begriffe: Verkauf, Weggerechtigkeit, Teſtament. Wir gewinnen eine Verbindung derſelben, wenn wir den Fall ſetzen, daß ein Teſtator ſeinem Erben auferlegt, dem Nachbar eine von ihm längſt begehrte Weggerechtigkeit zu dem von ihm gebotenen Preiſe zu überlaſſen d. h. zu verkaufen.[497] Wenn der Fall zu einem Rechtsſtreit Anlaß gäbe (bei dem es ſich nicht etwa um die Interpretation der Verfügung, ſondern um die rechtliche Wirkſamkeit derſelben handelte), ſo würde die Entſcheidung desſelben darin beſtehen, daß wir ihn in die einfachen Beſtandtheile auflöſten, die ſich in ihm zuſammengefunden haben: Teſtament (bez. Legat) — Verkauf — Weggerechtigkeit, und daß wir ſodann bei jedem derſelben die Vorausſetzungen und Wirkungen ermittelten. Die Entſcheidung eines Rechtsfalls iſt dieſelbe Operation wie das Leſen; wie man bei letzterem die Buchſtaben, aus denen das Wort beſteht, zuſammenſucht d. i. lieſt und die Summe der durch ſie bezeichneten Laute zur ſprachlichen Einheit zuſammenfaßt, ſo ſucht der Juriſt die Begriffe des Rechtsfalls einzeln zuſammen, er ſcheidet ſie aus, einen nach dem andern, um ſchließlich ihre Geſammtwirkung feſtzuſtellen — das Ent-ſcheiden beruht auf Scheiden, das Ur-theilen auf Theilen.

Vergleichen wir das Alphabet des Rechts mit dem der Sprache, ſo ſteht es zunächſt darin hinter letzterem weit zurück, daß die Buchſtaben desſelben theilweiſe eine ungleich beſchränktere Anwendbarkeit beſitzen als die der Sprache. Mit letzteren laſſen ſich in dieſer Beziehung nur unſere abſtracten Elemente des Rechts

497) Der Fall der L. 44 i. f. de solut. (46. 3) . . . damnatus alicui vendere.

in Vergleich bringen. Schon aus diesem Grunde muß die Zahl der Buchstaben dort ungleich größer sein als hier, es gesellen sich aber noch andere Gründe hinzu, namentlich der, daß das Alphabet des Rechts ungleich genauer und exacter ist und sein muß als das der Sprache. Wenn letzteres mit so außerordentlich wenig Zeichen ausreicht, so beruht das zum großen Theil auf der Ungenauigkeit, mit der die Sprachlaute wiedergegeben werden. Wie viele Zeichen wären erforderlich, wenn all die feinen Schattirungen und Nüancen, insbesondere in der Aussprache der Vocale angedeutet werden sollten! Die Schrift gewährt nur eine sehr rohe Reproduction der Sprache, genügend für denjenigen, der die Aussprache kennt, für denjenigen aber, der darnach allein letztere glaubt erlernen zu können, durchaus unzureichend. Rücksichtlich des Rechts gilt für die niedersten Stufen desselben allerdings ganz dasselbe (Bd. 1. S. 28—32), das geschriebene Recht gewährt auch hier nur einen sehr ungenauen Anhaltspunkt für das Sprechen des Rechts, allein ich brauche kaum zu bemerken, daß die möglichste Congruenz zwischen dem Schreiben oder Setzen des Rechts und dem Sprechen gerade eins der Ziele aller Entwicklung des Rechts bildet. Soll Recht gesprochen werden, wie es geschrieben ist, so muß es auch geschrieben werden, wie gesprochen werden soll. Für die Sprache hat jene möglichste Congruenz, wenigstens was den Inländer anbetrifft, keine praktische Bedeutung, für das Recht die äußerste. Darum also kann die Sprache ungenau, das Recht aber nicht exact genug verfahren, und darin liegt ein Hauptgrund dafür, daß erstere mit einer kleinen Zahl von Buchstaben ausreicht, während letzteres eine große Zahl von Begriffen nöthig hat.

Aus dieser Verschiedenheit beider rücksichtlich des Maßes der von ihnen beiden angewandten Genauigkeit ergibt sich ein fernerer Unterschied zwischen ihnen. Während nämlich das Alphabet der Sprache vollkommen abgeschlossen ist und mithin trotz aller Umwandlung der Sprache dasselbe geblieben ist und bleiben wird, da es eben die feineren Nüancen in der Aussprache nicht wieder-

gibt; während dasſelbe ferner ſich nicht auf eine einzelne Sprache beſchränkt, ſondern für ganze Sprachfamilien im weſentlichen dasſelbe iſt, kann das des Rechts auf eine gleiche von Zeit und Ort, von der Geſchichte und Nationalität unabhängige Geltung keinen Anſpruch machen. Man könnte mir einwenden, daß es doch auch im Recht Grundbegriffe von abſoluter Wahrheit gebe, ſeien es auch nur juriſtiſch-logiſche Kategorien oder rein formale Begriffe wie z. B. der Begriff der juriſtiſchen Unmöglichkeit, der Gegenſatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, des Rechts und der Ausübung, des Irrthums im Object und in den Beweggründen u. ſ. w., und daß dieſelben daher, bei welchem Volke ſie immerhin zuerſt entdeckt und ausgebildet worden ſeien, dennoch nicht dem Rechtsalphabet dieſes Volks angehörten, ſondern einem ſupranationalen, univerſellen, abſoluten. Allein ſo ſehr ich die abſolute Wahrheit dieſer Begriffe und damit die Möglichkeit eines univerſellen Rechtsalphabets zugebe, ſo darf man doch nicht außer Acht laſſen, daß dieſe Begriffe rein formaler Art ſind, und daß wir es mittelſt ihrer mithin nicht über eine formale juriſtiſche Logik (deren hohen didaktiſchen Werth ich übrigens nicht beſtreiten will) hinaus bringen würden. Die praktiſche Geſtaltung, die ſubſtantielle Ausfüllung derſelben würde immer noch Sache des poſitiven Rechts bleiben. So iſt z. B. der Unterſchied zwiſchen dem Irrthum im Object und in den Beweggründen ein begrifflich nothwendiger und ganz geeignet, die juriſtiſche Denkfähigkeit zu üben, allein ob überhaupt dem Irrthum eine praktiſche Beachtung zugeſtanden werden ſoll und, wenn dies, ob bloß dem Irrthum in dem Object oder auch dem Irrthum in den Motiven, das iſt Sache poſitiver Rechtsſatzung; wenn letztere jene Frage ſchlechthin verneint oder ſchlechthin bejaht, ſo iſt jener Unterſchied damit für dieſes Recht praktiſch völlig beſeitigt. Der Gegenſatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit iſt logiſch völlig unanfechtbar, aber für das ältere römiſche Recht war derſelbe gar nicht vorhanden, da dasſelbe die Ungültigkeit der Rechtsgeſchäfte ausſchließlich in der Form der Nichtigkeit vermittelte. Es verhält

ſich alſo mit jenen Begriffen *ſo*, daß das Abſolute daran etwas rein Formales, das Praktiſche daran etwas rein Poſitives iſt. Allerdings kann dieſe poſitiv-praktiſche Geſtaltung eine ſo verſtändige, zweckmäßige ſein, daß man ihr da, wo ſie einmal gilt, gern eine ewige Dauer und ſelbſt eine univerſelle Verbreitung prognoſticiren möchte, allein nichts deſto weniger müſſen wir ſie doch für etwas Poſitives, dem Wechſel der Anſichten und Dinge Unterliegendes anerkennen.

Unſer *praktiſches* Rechtsalphabet iſt daher etwas Poſitives, Hiſtoriſches, und die Geſchichte eines jeden Rechts beſtätigt dies. Es ändern ſich nicht bloß die *Rechtsſätze*, ſondern mit ihnen auch die Begriffe und Inſtitute, und es ändert ſich nicht bloß die Beſchaffenheit und Bedeutung unſerer vorhandenen Rechts-Buchſtaben, ſondern die Zeit bringt uns völlig neue und ſtreicht die alten aus. Wie ſehr aber dennoch ein einzelnes Rechtsalphabet bei aller ſeiner Poſitivität den Einflüſſen von Zeit und Ort zu trotzen vermag, dafür gibt uns das römiſche einen ſchlagenden Beweis. Die praktiſche Geſtaltung des Eigenthums, der Servitut, Obligation u. ſ. w. im römiſchen Recht und mithin auch die begriffliche Conſtruction des Stoffs von Seiten der römiſchen Juriſten iſt *römiſch*, wie ſehr man oft auch in kritikloſer Verehrung vor dem römiſchen Recht ſich dagegen verſchloſſen und das Römiſche als das Abſolute zu deduciren verſucht hat. Aber wie lang hat doch dies Römiſche und Poſitive vorgehalten! Die genannten Begriffe gelten heutzutage im weſentlichen faſt noch ebenſo, wie vor anderthalb Jahrtauſenden, und, was mehr iſt, das römiſche Recht bietet uns ſelbſt für Verhältniſſe und Fragen, die erſt die moderne Welt gebracht hat, vielfach völlig ausreichende Entſcheidungsnormen. Erklärlich, daß ſich im Mittelalter der Glaube an den abſoluten Charakter des römiſchen Rechts, die Idee, daß in ihm die ratio scripta, die geoffenbarte Vernunft in Dingen des Rechts verwirklicht ſei, ausbilden konnte.

Daß nun unſer Rechtsalphabet trotz dieſer Verſchiedenheiten zwiſchen ihm und dem Sprachalphabet dennoch den Namen eines

Alphabets verdient, bedarf wohl keiner Bemerkung. Es gibt keinen Vergleich, der geeigneter wäre, dem Unkundigen das Weſen und Walten der analytiſchen Kraft im Recht mit Einem Worte zu veranſchaulichen. So ſehr ſich aber mittelſt dieſes Vergleichs ſelbſt einem Laien die Sache begreiflich machen läßt, ſo kann ich doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß der Laie im Grunde für jene Methode der Zerſetzung von vornherein nicht bloß kein Verſtändniß mitbringt, ſondern ſich zu ihr entſchieden antipathiſch verhält. Denn jene Methode bildet das gerade Widerſpiel zu ſeiner Anſchauungsweiſe, ſie iſt berechnet darauf, den Einfluß derſelben auf die Entſcheidung der Rechtsſtreitigkeiten vollſtändig auszuſchließen. Das Charakteriſtiſche der Anſchauungsweiſe des Laien, möge es ſich um die Auffaſſung des abſtracten Rechtes oder eines einzelnen Rechtsverhältniſſes handeln, beſteht in dem Nicht-Scheiden, oder poſitiv ausgedrückt in der Hingabe an den Totaleindruck des Verhältniſſes.[498]) Alle jene Elemente, Seiten, Beziehungen eines Rechtsinſtitutes oder Rechtsfalles, die ſich dem juriſtiſchen Auge als einzelne darſtellen, fließen für ihn zuſammen, und die Geſammtwirkung, die der Gegenſtand auf ſein Gefühl ausübt, der unbewußte Totaleindruck dieſes Bildes iſt es, der ſein Urtheil beſtimmt. Der Laie wird es unbegreiflich finden, daß der Juriſt ein Inſtitut des Lebens, in dem er, der Laie, Ein organiſches Ganzes erblickt, und das ihm jedenfalls als eine gegebene Thatſache des Lebens eines weiteren Suchens nicht mehr bedürftig erſcheint, mühſam in ſeine einzelne Seiten, Beſtandtheile auflöſt und jene Einheit erſt künſtlich auf ſynthetiſchem Wege wieder gewinnt. Wenn ein Kläger, der einen durchaus begründeten Anſpruch hat, eine unvortheilhafte Wahl der Klage trifft,

---

498) Der Gegenſatz der Beurtheilung eines Rechtsverhältniſſes nach Weiſe des Juriſten und Laien iſt ſchon von Tryphonin in der L. 31 § 1 Depos. (17. 3) ausgeſprochen. Er unterſcheidet hier 1. si per se dantem accipientemque intuemur, 2. si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur.

z. B. statt der act. in pers. eine act. in rem anstellt, so prüft der Richter lediglich, ob die Voraussetzungen dieser Klage vorhanden sind, und weist mithin im Verneinungsfall den Kläger mit dieser Klage ab, ungeachtet sich aus den Verhandlungen ergibt, daß der Anspruch des Klägers, mit einer andern Klage geltend gemacht, durchaus begründet gewesen wäre. Dies wird dem Laien höchst anstößig erscheinen, und doch ist es nichts als eine einfache Scheidung der Gesichtspunkte und eine Beschränkung auf denjenigen von ihnen, den der Kläger selbst für die Beurtheilung des Falles gewählt und dem Richter vorgelegt hat.

Wie wenig das Wesen der zersetzenden Methode zur Zeit noch von Seiten der Wissenschaft begriffen ist, hat sich vorzüglich in dem Streit über den Gegensatz des römischen und deutschen Rechts kundgegeben. Zwei heutige Rechtsphilosophen[499]) haben den Mangel des römischen Rechts darin zu finden geglaubt, daß es demselben an „Organismen, organischen Gestaltungen, einem positiven Prinzip organischer Gestaltung" u. s. w. gefehlt habe. Worauf aber beruht diese Behauptung? So lange die juristisch-zersetzende Kraft sich an einem Rechtsinstitut noch nicht bethätigt hat, macht uns dasselbe leicht den Eindruck eines „Organismus"; alles greift in schönster Weise in einander, rechtliche und ethische Momente, Form und Inhalt, dingliches und obligatorisches Element bildet Ein Ganzes. Sobald aber die Jurisprudenz sich des Instituts bemächtigt und ihre Pflicht und Schuldigkeit daran thut, ist es, ohne daß sich an dem realen, praktischen Bestande desselben das Geringste änderte, um jenes poetische „Verwachsensein", „Sich-organisch-Durchdringen" u. s. w. geschehen; der schöne Organismus ist dahin, und wir haben statt dessen Stickstoff, Sauerstoff u. s. w. Das eine Element des Instituts ge-

499) Stahl in der als Anhang zum ersten Bande seiner Rechtsphilosophie aufgenommenen Abh. über den Werth des röm. Privatrechts (Aufl. 2, S. 400) und Röder, Grundgedanken u. Bedeutung des röm. u. german. Rechts, Leipzig 1855.

langt im Syſtem hierhin, das andere dorthin.[500]) Wenn nun das deutſche Recht uns Organismen, das römiſche aber Atome oder Elemente bietet, ſo iſt das nicht ſowohl eine Verſchiedenheit der beiden Rechte — oder ſollte etwa z. B. die Vormundſchaft im römiſchen Leben weniger eine „organiſche Einheit“ geweſen ſein, als bei uns? — ſondern eine Verſchiedenheit der wiſſenſchaftlichen Behandlung beider. Die Wiſſenſchaft des Rechts ſtatuirt keine Organismen, ſo wenig wie die organiſche Chemie — ſie löſt dieſelben auf; aber daraus zu folgern, daß die praktiſche Function der Rechtsverhältniſſe dadurch beeinträchtigt werde, wäre um nichts beſſer als zu glauben, daß die Analyſe des Chemikers, ſtatt die Natur zu verſtehen, ſich mit ihr in Widerſpruch ſetzen wollte.

Dem obigen Vorwurf gegen das römiſche Recht ſcheint die Idee zu Grunde zu liegen, als ob jene Rechtsatomiſtik nicht eine bloß juriſtiſche, ſondern eine reale geweſen, als ob der römiſche Geiſt eine Abneigung gegen alles Zuſammengeſetzte, Gemiſchte, oder was man ſonſt unter organiſch verſteht, empfunden habe.[501])

500) So z. B. beim Pfandrecht das dingliche ins Sachenrecht, das obligatoriſche, der contractus pigneratitius ins Obligationenrecht. Bei der Vormundſchaft muß man die einzelnen Elemente aus den verſchiedenſten Theilen des Syſtems zuſammenſuchen: die Handlungsfähigkeit der bevormundeten Perſonen und den Begriff und die Arten der Stellvertretung im allgemeinen Theil, das Pfandrecht am Vermögen des Vormunds im Pfandrecht, die reiv. util. gegen ihn beim Eigenthum, das obligatoriſche Verhältniß im Obligationenrecht oder Familienrecht, die tutela testamentaria der Römer im Erbrecht.

501) Als praktiſche Moral, die ich mir erlauben möchte aus jenem Irrthum zu ziehen, ſtehe hier die Bemerkung, die ich namentlich allen Rechtsphiloſophen, welche keine Juriſten ſind, dedicirt haben will: daß ſelbſt eine rein ethiſche Würdigung eines beſtimmten Rechts nicht möglich iſt ohne Kenntniß der Technik. Um das Deficit dieſer Kenntniß (häufig auch des klaren Denkens überhaupt!) zuzudecken, gibt es freilich keinen bequemeren Ausdruck als „organiſch“, — je verſchwommener der Begriff, deſto „organiſcher“ die Sache. Ein jüngerer, mir befreundeter Gelehrter, der leider ſo früh der Wiſſenſchaft entriſſene hieſige Privatdocent: Dr. van Krieken, der in ſeiner Schrift: über die ſogenannte organiſche Staatslehre, Leipzig 1873,

Allein die zersetzende Kraft des römischen Geistes zersetzte nicht die Dinge, sondern nur die Begriffe, und sie that es, nicht um das praktische Bestehen von Organismen zu *verhindern*, sondern um dasselbe zu *erleichtern* und zu *sichern*.

## 2. Die logische Concentration.

**Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs — das logische Centrum und die Peripherie — innere Erweiterung des Princips in der historischen Form einer Ausnahme.**

Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur, quibus implentur juris consultorum libri. Cic. de leg. II. 19.

XL. Die gegenwärtige Operation verfolgt, wie oben bemerkt ward, denselben Zweck, wie die vorhergehende, aber auf gerade entgegengesetztem Wege, statt durch Zersetzen durch Verbinden und Zusammendrängen. Sie ist keine specifisch juristische Operation, sondern die allgemein logische der Abstraction eines Princips aus gegebenen Einzelheiten, die Substituirung einer andern, intensiveren logischen Ausdrucksform.

Wir können die Aufgabe in etwas anderer Weise auch so fassen: es handelt sich hier um die Zusammendrängung des *äußeren Volumens* einer Masse Rechtsstoff, die das positive Recht für irgend ein bestimmtes Rechtsverhältniß producirt hat. Dies Volumen bestimmt sich nicht bloß oder auch nur vorzugsweise nach der Wichtigkeit des Verhältnisses, nach der Menge von Fragen, die bei demselben zu beantworten sind, kurz nach einem objectiven Moment, sondern eben sowohl nach dem rein subjec-

---

dieser ungesunden Richtung der Wissenschaft muthig entgegen getreten ist, hat darauf den Vers gemacht:

Was man nicht definiren kann,
Das sieht man als organisch an.

Ich meinerseits habe es mir zum Gesetz gemacht, den Ausdruck organisch, wo ich nur kann, zu vermeiden.

tiven Moment der Geschicklichkeit des Antwortenden. Wer es versteht, richtet mit einem Wort ebenso viel aus als ein Anderer mit hundert.

Kürze ist eine der unschätzbarsten Eigenschaften des Gesetzgebers. Die Kürze liegt aber nicht in der kleinen Zahl der Worte, die das Gesetz zählt, sondern in der Intensivität, der Tragweite der ausgesprochenen Gedanken. Wir können uns denken, daß dasselbe Verhältniß, zu dessen legislativer Gestaltung dieses Gesetz eine Menge einzelner, auf keinem gemeinsamen Gedanken beruhender Bestimmungen erlassen hat (casuistische Gestaltung), in einem andern Gesetzbuch mittelst eines einzigen Princips ganz erschöpfend normirt ist (principielle Gestaltung). Bei jener ersten Art ist der Jurisprudenz die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs versagt;[502]) Einzelheiten, die keinem Princip entstammen, lassen sich auch nicht auf ein solches zurückführen. Ebenso wenig aber würde ihr diese Möglichkeit geboten sein, wenn der Gesetzgeber selber das Princip stets in seiner ganz adäquaten Fassung zum Ausdruck brächte; es ist jedoch dafür gesorgt, daß es der Jurisprudenz in dieser Beziehung nicht an Arbeit fehlt.

Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs durch die Jurisprudenz setzt voraus, daß der Gesetzgeber ein Princip wirklich gehabt und angewandt hat, ohne dasselbe nur als solches bewußt erkannt und ausgesprochen zu haben. Die Geschichte lehrt uns, daß dies nicht bloß nichts Seltenes, sondern sogar der gewöhnliche Fall ist, und um so weniger kann diese Thatsache bei dem Gesetzgeber befremden, als auch die Jurisprudenz sich nicht selten ganz in demselben Fall befindet; auch bei ihr ist das Gefühl des Richtigen der Erkenntniß regelmäßig weit voraus. So wird es möglich, daß ein Princip des Rechts, bevor es in seiner wahren Gestalt erkannt und ausgesprochen wird, praktisch

502) Dasselbe gilt, wenn der Gesetzgeber die Abstraction eines Princips da, wo sie an sich möglich wäre, ausnahmsweise verboten hat, wie dies z. B. Justinian bei den Enterbungsgründen der Nov. 115 gethan hat.

sich schon längst behauptet, ja daß es dann vielleicht bereits seine Geltung wieder eingebüßt hat.

Die einzelnen Rechtssätze, in denen der Gesetzgeber unbewußt ein Princip zur Anwendung bringt, verhalten sich zu letzterem wie einzelne Punkte in der Kreislinie zum Centrum. Das Princip ist der Punkt, den der Gesetzgeber sucht, aber so lange es ihm noch nicht gelungen ist sich seiner zu bemächtigen, ist er gezwungen, denselben nur zu umkreisen, ihn mittelst einzelner casuistischer Bestimmungen zu umschreiben. Ebenso wie er, irrt auch die Wissenschaft, bevor sie das Centrum gefunden hat, in der Peripherie herum; je weiter letztere vom Centrum abliegt, desto länger der Weg, den sie zurücklegt, d. h. desto breiter, complicirter die Darstellung des betreffenden Gegenstandes. Mit jedem Schritt, um den sie sich dem Centrum nähert, wird der Kreis enger, der Weg kürzer, d. h. nimmt die Zahl ihrer Lehrsätze ab, der Gehalt zu, bis sie im Centrum selber die ganze Masse des Stoffs in einem einzigen Gedanken zu ergreifen im Stande ist.

Aber nicht bloß die Concentrirung des bereits vorhandenen Stoffs ist es, was die schließliche Auffindung des Princips für die Wissenschaft so wichtig macht, sondern es gesellt sich noch der Vortheil hinzu, daß in dem gefundenen und erkannten Princip zugleich eine Quelle neuer Rechtssätze erschlossen wird. Das sind nämlich alle bisher noch nicht zum Bewußtsein gekommenen Consequenzen desselben. Zur vollen Entfaltung seiner logischen Kraft, zur Entlassung des ganzen Reichthums des Details, das er in sich birgt, gelangt jeder Gedanke erst dann, wenn er in seiner wahren Gestalt bewußt erkannt ist.

Der von uns gewählte Vergleich der Abstraction des Princips mit der Auffindung des Centrums bei gegebener Peripherie könnte leicht zu dem Glauben verleiten, als sei diese Operation eine höchst einfache. Allein, wenn ich im Bilde bleiben soll, so ist zunächst die Peripherie beim Gesetz keineswegs immer eine regelmäßige, es kommen vielmehr Abweichungen vor, die auf eine

falſche Bahn locken können, und ſodann tragen die einzelnen Rechtsſätze, ſelbſt wenn ſie in der That einem einzigen Princip entſtammen, nicht immer ihre Abſtammung und Verwandtſchaft offen zur Schau, ja ſie können umgekehrt einer unbefangenen Betrachtung ſo heterogen erſcheinen, daß der Gedanke an ihre Zuſammengehörigkeit gar keinen Raum findet. Was hat z. B. die hereditatis petitio mit den poſſeſſoriſchen Interdicten zu thun? Und doch beruhen beide auf einer und derſelben Idee.[502a]) Für die Erſitzung gilt die Regel, daß ſie ſchon mit dem Anfang, für die Verjährung, daß ſie erſt mit dem Ende des letzten Tages beendet iſt. Scheinbar zwei ganz verſchiedene Regeln in Wirklichkeit aber nur Ausflüſſe eines und desſelben Gedankens.

Die meiſten Schwierigkeiten aber dürfte die Aufgabe in dem Fall in ſich ſchließen, wenn der Geſetzgeber das Princip theilweiſe beachtet, theilweiſe verlaſſen hat. Von vornherein wiſſen wir nicht, ob dies geſchehen, wir werden alſo zunächſt den erfolgloſen Verſuch unternehmen, das geſammte Material auf ein einziges Princip zurückzuführen. Aber angenommen, wir haben uns nach längerem Abmühen überzeugt, daß dies nicht möglich iſt, daß ſich hier vielmehr zwei Gedanken kreuzen, von denen der eine die Regel, der andere die Ausnahme in ſich ſchließt — welcher von beiden enthält die Regel, welcher die Ausnahme,[502b]) und iſt überhaupt noch an Eine Regel zu denken, oder iſt das Ganze vielleicht nicht ſeiner primären Anlage nach zwieſpältig?

Es iſt auch der entgegengeſetzte Fall möglich, daß eine Beſtimmung ſich fälſchlich als Ausnahme gibt, die es in der That nicht iſt, die ſich vielmehr durch eine richtigere Faſſung des Princips beſeitigen läßt.[502c]) Ja es iſt ſogar nicht ungewöhnlich, daß

502a) S. meine Schrift üb. den Grund d. Beſitzesſchutzes. Aufl. 2, S. 89.

502b) Als Beiſpiel diene die Frage, ob Untergang der Obligationen durch ſogenannten concursus duarum causarum lucrativarum eine Singularität oder eine Conſequenz des Weſens der Obligation enthält, ſ. darüber Guſtav Hartmann, die Obligation S. 5, 6, 13.

502c) Als Beiſpiel diene die ſymboliſche Tradition des öſterreichiſchen Geſetzbuchs, welche ſich ſelber als Ausnahme von den Grundſätzen der regu-

ein Rechtssatz *historisch*, d. h. dem *bisherigen* Recht gegenüber eine *wirkliche* Ausnahme einführt, während in Wirklichkeit mit dieser Ausnahme nur das bisherige Princip modificirt worden ist, so daß es also nur einer andern Fassung desselben bedarf, um den scheinbaren Gegensatz von Regel und Ausnahme verschwinden zu machen. So enthält z. B. in meinen Augen die Zulassung des Besitzes bei Kindern, Wahnsinnigen und juristischen Personen Seitens der römischen Jurisprudenz unter der scheinbaren Form einer Ausnahme von einer der obersten Regeln des Besitzes in Wirklichkeit nur den Durchbruch der vollen und wahren Besitzidee.[502d]) *Die Ausnahme ist häufig nur die Form, in der die Regel sich erweitert, vervollkommnet, häutet.* In einem solchen Fall verlockt uns die Geschichte selber zum Irrthum. Jahrhunderte lang figurirt als Regel und Ausnahme, was in der That gemeinschaftlich unter ein und dasselbe höhere Princip fällt. Das Pahrlehn erforderte ursprünglich, daß der Schuldner unmittelbar vom Gläubiger das Eigenthum erwarb.[503]) Als nun die Praxis in mehreren Punkten diesen Satz verlassen hatte, erschien diese Abweichung der alten Regel gegenüber als Ausnahme, und als solche ward sie auch von den späteren römischen Juristen charakterisirt.[504]) Allein hinter der scheinbaren Ausnahme versteckte sich in Wirklichkeit nur eine wichtige und höchst werthvolle Erweiterung des Darlehnsbegriffs, nämlich die: daß das Darlehn nicht mehr den Übergang seines Gegenstandes aus dem *Eigenthum* des Gebers in das des Nehmers, sondern aus dem *Vermögen* des einen Theils in

---

lären Tradition hinstellt, in Wahrheit aber nur eine Anwendung des richtig erfaßten Traditionsbegriffs ist. S. Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. und gemeinem Recht, Wien 1867, S. 213.

502d) S. meine Schrift (Note 502a) S. 88, 156. Dasselbe gilt von der Gestaltung des Pekuliarbesitzes, über welche Papinian in l. 44 § 1 de poss. (41. 2) das Urtheil fällt: utilitatis causa jure singulari receptum est.

503) L. 34 pr. Mand. (17. 1) . . nummi, qui mei erant, tui fiunt.

504) L. 15 de R. Cr. (12. 1) Singularia quaedam recepta sunt etc.

das des andern enthalte. Verringerung des einen und Vermehrung des andern Vermögens iſt aber nicht an einen Eigenthumsvorgang gebunden, der Darleiher hat das Darlehen gegeben, wenn ein Anderer auf ſeine Rechnung das Geld gegeben hat, und eben ſo verhält es ſich mit dem Empfänger, wenn die Geldſummen auf ſein Conto einem Andern gezahlt worden ſind. Ein anderes Beiſpiel gewährt das Aufkommen der Vermögensfähigkeit der Hauskinder. Sie fiel hiſtoriſch unter den Geſichtspunkt einer Ausnahme, der erſte Fall derſelben (peculium castrense) enthielt ſogar eine ſo bedeutende Abweichung vom beſtehenden Recht, wie kaum ein anderes Beiſpiel zu finden ſein dürfte. Im juſtinianeiſchen Recht aber iſt die Ausnahme Regel und die Regel Ausnahme geworden, und das dogmatiſche Reſultat läßt ſich hier in das Princip faſſen: die Kinder ſind vermögensfähig, nur dem Vater gegenüber nicht erwerbsfähig.

### 3. Die juriſtiſche Conſtruction.

**Die naturhiſtoriſche Anſchauungsweiſe des Rechts — der juriſtiſche Körper — allgemeine Schilderung desſelben — Gewinnung desſelben durch die juriſtiſche Conſtruction — die drei Geſetze derſelben (poſitives, logiſches, äſthetiſches) — techniſcher Werth der naturhiſtoriſchen Methode.**

XLI. Der Ausdruck: juriſtiſche Conſtruction gehört zu den gangbarſten Kunſtausdrücken der heutigen Jurisprudenz, während er am Anfang unſeres Jahrhunderts noch ſo gut wie unbekannt war. Jeder gebraucht ihn, und Jeder denkt ſich dasſelbe dabei, wie alle andern, aber auf die Frage: was iſt die juriſtiſche Conſtruction, was ſoll ſie, nach welchen Grundſätzen verfährt ſie? werden die Wenigſten im Stande ſein eine Antwort zu ertheilen. Die Wiſſenſchaft läßt uns in Bezug auf dieſe Fragen völlig in Stich, ſie hat bisher noch nicht den Verſuch gemacht, auch nur einmal den Begriff der juriſtiſchen Conſtruction zu beſtimmen, geſchweige denn eine Theorie derſelben aufzuſtellen, die Zwecke,

die sie dabei verfolgt, und die Grundsätze, nach denen sie verfährt, darzulegen. Ich meinerseits kann mich dieser Aufgabe nicht entziehen, da ich nur auf diesem Wege den Maßstab zur Beurtheilung der römischen Jurisprudenz gewinnen kann; der gänzliche Mangel aller Vorarbeiten mag es entschuldigen, daß ich mich bei ihr länger verweile, als ich mir sonst verstatten würde.

---

Die regelmäßige Gestalt, in der das Recht in den Gesetzen zur Erscheinung gelangt, ist die imperativische, d. h. die unmittelbar praktische Form des Verbots oder Gebots. Ob der Ausdruck imperativischer Art ist oder nicht, ist gleichgültig, das Imperativische liegt in der Sache, in dem Munde des Gesetzes hat das „Ist" die Bedeutung des „Seinsollens" (z. B. die Klage ist verjährt in 2 Jahren = soll verjährt sein). Diese Erscheinungsform des Rechts, bei der Form und Inhalt sich noch völlig decken, ist historisch die ursprüngliche, erste. Gegenüber derjenigen, die ihr später gegenüber tritt, bezeichne ich sie als die niedere.

So lange die Jurisprudenz den Stoff in dieser seiner Gestalt beläßt, paßt das Prädicat „nieder" auch auf sie, und ich scheide demgemäß wie zwischen niederer und höherer Erscheinungsform des Rechts, so auch zwischen niederer und höherer Jurisprudenz.

Die Thätigkeit der niederen Jurisprudenz läßt sich mit einem Wort als Interpretiren bezeichnen. Die Aufgabe der Interpretation besteht darin, den Stoff aus (auseinander) zu legen, die scheinbaren Widersprüche zu beseitigen, die Dunkelheiten, Unbestimmtheiten zu heben, den ganzen Inhalt des gesetzgeberischen Willens zu Tage zu fördern, namentlich also auch aus den gegebenen einzelnen Bestimmungen das ihnen zu Grunde liegende Princip und umgekehrt aus dem gegebenen Princip die Consequenzen abzuleiten. Die Interpretation ist keine specifisch juristische Operation — jede Wissenschaft, deren Quellen Urkunden

sind, hat zu interpretiren — und darum gewinnt auch der Stoff selbst durch sie keinen eigenthümlich juristischen Charakter. Was immerhin die Jurisprudenz auf diese Weise zu Tage fördern möge: es ist nichts *specifisch* Neues, sondern immer nur die ursprüngliche Rechtssubstanz, nur auseinander gelegt.

Mit der Interpretation hat die Jurisprudenz nun nicht bloß überall begonnen, sondern zu jeder Zeit muß sie die erste Operation sein, welche die Jurisprudenz an dem gesetzlichen Rohstoff vornimmt. Um zu construiren, muß sie erst interpretiren; die niedere Jurisprudenz ist die nothwendige Vorstufe der höheren.

Aber sie ist nur eine Vorstufe, und die Jurisprudenz soll nicht länger auf ihr verweilen als nöthig ist. Erst auf der höheren Stufe wird ihre Aufgabe und Methode eine specifisch juristische, erst hier gewinnt sie ihren eigenthümlichen wissenschaftlichen Charakter, der sie von allen andern Wissenschaften unterscheidet.

Die Gränzlinie zwischen der niederen und höheren Jurisprudenz läßt sich, wenn auch nicht im einzelnen Fall, so doch im Begriff ganz scharf abstecken. Sie hängt zusammen mit einer eigenthümlichen Anschauungsweise des Rechts, welche ich die *naturhistorische* nennen möchte. Aber nicht mit dem bloßen unthätigen Besitz derselben, sondern mit ihrer energischen und consequenten Verwirklichung. Ob jene Anschauungsweise eine künstliche oder natürliche, eine nahe oder fernliegende ist, darüber will ich nicht rechten. Will man sie zu derjenigen, durch welche sich die *niedere* Jurisprudenz bei der Bearbeitung des Stoffs leiten läßt, mit zwei Worten in Gegensatz stellen, so sind es die Worte: Rechts*institut*, Rechts*begriff* auf der einen und Rechts*sätze*, Rechts*principien* auf der andern Seite. Das Rechtsinstitut ist kein bloßes Conglomerat von einzelnen Rechtssätzen, die sich auf dasselbe Verhältniß beziehen, sondern etwas wesentlich von ihnen Verschiedenes. Die Rechtssätze sind Stoff, Gedankenmasse, sie haben nur substantielles Dasein; die Rechtsinstitute dagegen sind Existenzen, logische Individualitäten,

juriſtiſche Weſen, wir erfaſſen und erfüllen ſie mit der Vorſtellung des individuellen Seins und Lebens. Sie entſtehen, gehen unter, wirken, treten in Conflict mit anderen, ſie haben ihre Aufgaben, Zwecke, denen ſie dienſtbar ſind, und dem entſprechend ihre eigenthümlichen Kräfte und Eigenſchaften u. ſ. w. Ich würde ſie, um dem Leſer die Vorſtellung des Seins und Lebens derſelben ſtets gegenwärtig zu halten, gern juriſtiſche Weſen nennen, wenn der Ausdruck nicht zu geſucht erſchiene. Ich werde daher lieber den Ausdruck juriſtiſche oder Rechts-Körper[506]) wählen (im Gegenſatz zur bloßen Rechts ſubſtanz oder zum Rechtsſtoff).

Man könnte von vornherein leicht geneigt ſein, die Bedeutung dieſer Anſchauungsweiſe recht gering anzuſchlagen. Was kann es für einen Unterſchied machen, wird Mancher fragen, ob man ſtatt „Rechtsſätze über das Eigenthum“: „Eigenthumsinſtitut“ oder „Eigenthum“ ſagt? Gewiß! Wenn es beim bloßen Sagen, d. h. einem unthätigen Beſitz jener Vorſtellung ſein Bewenden behält, ſo hat ſie gar keinen Werth. Es iſt der Keim, der träge und todt in der Erde liegt, der aber, wenn er erſchloſſen wird, eine totale Umgeſtaltung im Recht zu bewerkſtelligen im Stande iſt. Sache der Jurisprudenz iſt es, dieſen Keim zu erſchließen und zur vollen Entfaltung zu bringen, d. h. den geſammten Rechtsſtoff im Sinne jener Auffaſſungsweiſe zu geſtalten, den Geſichtspunkt eines individuellen Seins und Lebens des juriſtiſchen Körpers in ſeiner vollen Conſequenz zu verwirklichen.

Wie kann die Anlegung und Durchführung eines bloßen Geſichtspunktes ſolche Wunder thun? Dieſer Zweifel wäre durchaus berechtigt, wenn der Geſichtspunkt bloß eine andere Art der

506) Die obige Auffaſſung, derentwegen ich hart angelaſſen worden bin, ſtammt nicht erſt von mir, ich habe ſie nur zuerſt conſequent entwickelt, dagegen finden ſich Anklänge an ſie längſt vor mir bei Anderen z. B. bei Savigny Über den Beruf unſerer Zeit u. ſ. w. Aufl. 3, S. 29: „Die Begriffe ſind den röm. Juriſten wirkliche Weſen geweſen, deren Daſein und Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden iſt.“

Betrachtung des Gegenſtandes enthielte, ihn uns nur in anderer Beleuchtung, in einem helleren Licht zeigte. Allein ſeine Wirkung gleicht nicht der des Lichts, das den Körper bloß erhellt, ſondern der der Wärme, die ihn aus dem feſten Zuſtand in den tropfbar flüſſigen verſetzt. Der Rechtsſtoff, der in ſeiner primären ſpröden Geſtalt der Kunſt des Juriſten die engſten Gränzen zieht, wird durch jenen Geſichtspunkt ſo zu ſagen in Fluß und dadurch in einen Zuſtand verſetzt, in dem er ſich formen und geſtalten läßt, und in dem die verborgenen Kräfte und Eigenſchaften, die in ihm ruhen, geweckt und zur Action genöthigt werden. Die naturhiſtoriſche Methode bedeutet die Erhebung des Rechtsſtoffes in einen höhern Aggregatzuſtand.

Dieſe Erhebung des Stoffs iſt zugleich die Erhebung der Jurisprudenz ſelbſt. Von einer Laſtträgerin des Geſetzgebers, einer Sammlerin poſitiver Einzelheiten ſchwingt ſie ſich auf zur freien Kunſt und Wiſſenſchaft; zu einer Kunſt, die den Stoff künſtleriſch bildet, geſtaltet, ihm Leben einhaucht, zu einer Wiſſenſchaft, die trotz des Poſitiven in ihrem Gegenſtande ſich als Naturwiſſenſchaft auf geiſtigem Gebiet bezeichnen läßt. Dieſer Vergleich iſt keine müßige Spielerei; denn es gibt, wie aus dem Verlauf der Darſtellung hervorgehen wird, keinen Ausdruck, der das Weſen ihrer Methode ſo zutreffend erfaßte, als den der naturhiſtoriſchen Methode. Auf dieſer Methode beruht das Geheimniß der Jurisprudenz, ihre Macht über den Stoff und ihre Anziehungskraft für den Verſtand.[506a])

506a) Daß die Befriedigung, welche die Jurisprudenz dem bloßen Verſtande gewährt, nicht das höchſte iſt, iſt mir je länger je mehr klar geworden, und ich habe die Spuren der Überſchätzung der logiſchen Seite des Rechts, welche die erſte Auflage an ſich trug, möglichſt zu tilgen geſucht. Über dem bloß Formalen der juriſtiſchen Logik ſteht als Höheres und Höchſtes die ſubſtantielle Idee der Gerechtigkeit und Sittlichkeit, und eine Vertiefung in ſie, d. h. wie ſie in den einzelnen Rechtsinſtituten und Rechtsſätzen zum Ausdruck und zur Verwirklichung gelangt, iſt nach meinem Dafürhalten die ſchönſte und erhabenſte Aufgabe, welche die Wiſſenſchaft ſich ſtellen kann. Mein Werk: „Der Zweck im Recht" iſt der Löſung dieſer Aufgabe gewidmet.

Vergegenwärtigen wir uns die Conſequenzen, welche dieſe Anſchauungsweiſe für die Behandlung des Stoffs nach ſich zieht.

### Der juriſtiſche Körper.

An die Annahme eines *Seins* knüpft ſich mit Nothwendigkeit die Frage nach dem Anfange und Ende desſelben (Entſtehungs- und Endigungsarten der Rechtsverhältniſſe), an die Annahme eines *Körpers* die Frage nach ſeiner Natur, Beſchaffenheit, Beſtimmung, ſeinen Kräften, Eigenſchaften, ſeiner Ähnlichkeit und Verſchiedenheit von andern Körpern, den Verbindungen, die er mit ihnen eingehen, oder den Conflicten, in die er mit ihnen gerathen kann. Ich will die hauptſächlichſten Punkte, auf die es hier ankommt, hervorheben.[507])

---

507) Ich gebe gleich hier einiges Quellenmaterial, das der Leſer für die folgende Darſtellung benutzen kann. Der Rechtskörper hat in der Sprache der römiſchen Juriſten ſeine beſtimmte Natur: *natura* z. B. die Servitut L. 32 § 1 de S. P. U. (8. 2), die habitatio L. 13 Cod. de usufr. (3. 33), die Emphyteuſe § 3 I. de loc. (3. 25), die Obligation L. 2 § 1 de V. O. (45. 1), die Correalobligation L. 5. i. f. de fidej. (46. 1), das Depoſitum L. 24 Dep. (16. 3), die Dos Tit. Cod. de rei uxoriae actione .. et de *natura dotibus praestita* (5. 13), die Frucht L. 69 de usufr. (7. 1); auch wohl *causa* L. 24 § 21 de fid. lib. (40. 5), ſein beſtimmtes Weſen: *substantia* z. B. die Obligationen L. 3 de O. et A. (44. 7), L. 6 Cod. si cert. (4. 2), L. 5 de fid. (46. 1), der Kaufcontract L. 3 Cod. de cont. emt. (4. 38), L. 72 pr. D. ibid. (18. 1). Er hat eine beſtimmte Macht und Kraft: *potestas* z. B. die Klage L. 47 § 1 de neg. gest. (3. 5), L. 11 § 1 de act. emt. (19. 1), die Obligation L. 13 de duob. reis (45. 2), oder *effectus* L. 47 § 1 cit., einen *status* L. 9 § 1 de duob. reis (45. 2). Andere Beiſpiele bei *Kuntze*, Wendepunkt der Rechtswiſſenſchaft, Leipzig 1856. S. 75 z. B. obligatio nascitur, in pendenti est, consumitur, vires ex praesenti accipit, confunditur. Dieſe Natur und Kraft iſt ein *praktiſcher* Begriff, es werden daraus z. B. in den obigen Stellen folgende Folgerungen abgeleitet: daß die Servitut nicht beſeſſen, gewiſſe Obligationen nicht getheilt werden können, daß gewiſſe Verabredungen als gegen das Weſen des Vertrags (des Depoſitums, der Correalobligation) verſtoßend ungültig ſind, daß das Eigenthum erliſcht u. ſ. w. Als Beiſpiel für die Art, wie die römiſchen Juriſten mit dieſer Anſchauung des juriſtiſchen Körpers operiren,

1. Begriff, Structur. Die erſte Aufgabe bei der Unterſuchung des juriſtiſchen Körpers beſteht in der Frage: was iſt er, iſt er ein ſelbſtändiger Körper, oder läßt er ſich auf einen andern zurückführen? [508]) Es wiederholt ſich hier für uns das Geſetz der juriſtiſchen Analyſe, keinen Körper als ſelbſtändig anzuerkennen, der ſich aus einem oder mehreren andern herſtellen läßt.

Die Angabe deſſen, was der Körper iſt, iſt gleichbedeutend mit dem Begriff desſelben, der Begriff „begreift", d. h. ergreift ihn in ſeiner Weſenheit, er „definirt" ihn, d. h. gränzt ihn von andern ab, gibt ihm ein logiſches „Für ſich ſein". Der Begriff enthält alſo die logiſche Quinteſſenz des Körpers, ſeinen innerſten Kern oder Individualitätspunkt, in ihm muß die ganze Kraft des Körpers beſchloſſen liegen, alles und jedes, was an und mit ihm vorgeht, muß ſich mit dem Begriff vertragen. Eine Begriffsbeſtimmung iſt daher im Grunde nicht das Erſte, ſondern als formelle Redaction oder Concentrirung der gefundenen Reſultate erſt möglich, nachdem die Unterſuchung des Körpers vollſtändig abgeſchloſſen iſt; Trendelenburg nennt die Begriffsbeſtimmung ganz treffend das Monogramm des logiſchen Verſtandes. Uebrigens verwechſele man nicht die Anſchauung und Formulirung des Begriffs. Die Anſchauung kann eine durchaus richtige

---

möge ſtatt vieler anderen L. 14 § 1 de novat. (46. 2) dienen. Ein Nichtjuriſt würde die Entſcheidung des Verhältniſſes, das der Juriſt hier vor Augen hat (unbedingte Novation einer bedingten Forderung), lediglich auf den Willen der Parteien ſtellen, der Juriſt dagegen entnimmt ſie dem Verhältniß der gegenſeitigen Einwirkung der beiden Obligationen, er unterſucht, wie und wann die eine durch die andere afficirt wird. Andere charakteriſtiſche Beiſpiele ſ. in L. 3 § 9 de adim. leg. (34. 4.), L. 34 § 11. 12 de leg. I. (30), L. 27 § 2 de pact. (2. 14), L. 5 de fidej. (46. 1).

508) Als Beiſpiel aus dem heutigen Recht nenne ich die ſogenannte Genoſſenſchaft; iſt ſie ein eigenthümlicher juriſtiſcher Begriff oder eine modificirte Societät oder eine juriſtiſche Perſon? Als Beiſpiel aus dem römiſchen Recht diene die Zurückführung der traditio brevi manu, des constitutum possessorium, des Erwerbs der Früchte von Seiten des Pächters, des jactus missilium auf die Tradition.

sein, während die Formulirung, die Definition mißlungen ist. So operiren die römischen Juristen mit ihren Begriffen mit größter Sicherheit, obschon ihre Definitionen, wie sie selbst zugestehen,[509]) nicht selten durchaus ungenügend sind.

Der Begriff also erfaßt den Körper in dem, was er *ist*. Allein worin liegt dies „Ist"? Man könnte meinen in dem *Zweckmoment*, denn die praktische Aufgabe, die er zu lösen habe, enthalte den Grund, warum er überhaupt existire, warum er gerade so und nicht anders sei, kurz seinen logischen Schlüssel. Ich will nun allerdings nicht läugnen, daß das Zweckmoment für das (ich meine nicht bloß rechtsphilosophische, sondern auch praktisch-juristische) Verständniß des Instituts höchst wichtig, ja unerläßlich ist;[510]) was ich bestreite ist nur, daß die *juristische* Theorie darnach *definiren* darf.[511]) Ist denn aber z. B. die Definition des Depositums und Commodats als Hingabe zum *Zweck* der Aufbewahrung und Benutzung eine fehlerhafte? Gewiß nicht, aber auch nur aus dem Grunde, weil hier das Wort Zweck nur ein anderer Ausdruck für *Inhalt* ist. Hingabe zum *Zweck der*

---

509) L. 202 de R. J. (50. 17).

510) In unserem juristischen Unterricht könnte und müßte es in viel höherem Grade berücksichtigt werden, als es gewöhnlich geschieht, namentlich rücksichtlich so mancher römischen Einrichtungen, die unserem heutigen Verständniß ferner liegen. Die römischen Juristen heben das Zweckmoment nur selten hervor (als Beispiel diene die Usucapio, *Savigny* System Bd. 5, S. 268 Note e), weil es Demjenigen, der mitten im Leben steht, ganz geläufig ist.

511) Als bekanntes Beispiel einer solchen *teleologischen* Definition nenne ich die Einert'sche Definition des Wechsels als kaufmännischen Papiergeldes; sie charakterisirt bloß die hauptsächlichste praktische Verwendung des Wechsels, nicht seine juristische Natur. *Ontologisch* definirt ist der Wechsel ein von seiner causa abgelöstes Geldversprechen, oder, um mit Thöl zu reden, ein Summenversprechen. So wird der Jurist den Begriff des Bannrechts stets auf das jus prohibendi zu stellen haben, ohne damit die Hervorhebung des Zweckmoments: der vermittelst dieses jus prohibendi bezweckten Sicherung des Geschäftsbetriebes für entbehrlich zu erklären.

Aufbewahrung oder Benutzung heißt hier nichts als Hingabe mit der Verpflichtung zur Aufbewahrung, mit dem Recht der Benutzung. Wo wir aber den Ausdruck in ſeinem rechten Sinn gebrauchen, meinen wir mit dem „Zweck“ des Inſtituts etwas dem Inhalt Entgegengeſetztes, etwas Höheres, außer ihm Liegendes, zu dem letzterer ſelbſt ſich nur als Mittel verhält. Iſt nun aber unſere Wiſſenſchaft nur eine Theorie der Mittel, ſo zu ſagen der materia medica, die das Recht für die Zwecke des Lebens in Bereitſchaft hat, ſo müſſen wir die Mittel nach Momenten, die ihnen immanent ſind, beſtimmen, ganz abgeſehen davon, daß eine Beſtimmung derſelben nach Zwecken, wenn vielleicht auch bei einzelnen denkbar, im allgemeinen unausführbar ſein würde.[512]) Denn nicht bloß ſind dieſe Zwecke etwas höchſt unbeſtimmtes, ſchwankendes und durchkreuzen ſich in einer oft unentwirrbaren Weiſe, ändern und wechſeln, ohne daß mit dem Inſtitut ſelbſt die geringſte Veränderung vor ſich geht, ſondern es gibt auch eine anſehnliche Zahl von Rechtskörpern, bei denen ein Zweck überhaupt gar nicht angegeben werden kann, da ſie nicht einem praktiſchen Bedürfniß (utilitas), ſondern nur der juriſtiſchen Conſequenz oder Nothwendigkeit (ratio juris) ihren Urſprung verdanken, nur exiſtiren, weil ſie nicht nicht-exiſtiren können. Definiren aber darf man nur nach einem Moment, nach dem man auch claſſificiren kann; ein Geſichtspunkt, der für die Beſtimmung ſämmtlicher Körper oder die Syſtematik des Ganzen ungeeignet iſt, iſt es auch für die Beſtimmung des einzelnen. Wir definiren den Körper alſo nicht nach dem, was er ſoll oder was er leiſtet, ſondern nach ſeiner Structur, ſeinen anatomiſchen Momenten. Solche Momente ſind z. B. Subject, Object, Inhalt, Wirkung, Klage. Den Hauptgegenſtand unſerer Definitio-

512) Wo ſollte z. B. die Vormundſchaft ihren Platz finden? Wo der Uſusfructus? Wäre der Zweck das maßgebende Moment, ſo müßten der Pachtcontract, die Emphyteuſis und der Uſusfructus an Grundſtücken an einer Stelle zuſammengeſtellt werden!

nen bilden die Rechte im ſubjectiven Sinn, und an ihnen will ich die Aufgabe und die Methode veranſchaulichen.

Bei jedem Recht kommt zunächſt in Betracht das *Subject*. Die Beſtimmung der Frage, *wer* juriſtiſch als Subject anzuſehen, und wie das Verhältniß zwiſchen Subject einerſeits und dem Gegenſtand und Inhalt des Rechts andererſeits gedacht werden ſoll, kann oft mit großen Schwierigkeiten verknüpft ſein. Dies namentlich dann, wenn entweder die Verbindung des Subjects mit dem Gegenſtand keine unmittelbare iſt, ſondern durch irgend ein Verhältniß, wie z. B. bei der Prädialſervitut durch das praed. dominans, bei Obligationen auf den Inhaber durch das Papier vermittelt wird, oder wenn bei einem und demſelben Recht mehrere Berechtigte concurriren, ſei es ſo, daß ſie ſich theilen ſollen, oder ſo, daß Einer von ihnen das Ganze haben ſoll. Für den erſten Fall iſt die einfachſte Form die einer Theilung des Rechts nach Zahl der Perſonen (z. B. beim Mitbeſitz, Miteigenthum, bei der Obligation); hier drückt ſich die Thatſache der Vielheit der Perſonen im Innern des *Rechts* ſelbſt aus, es ſpaltet ſich das Recht in ſo viele Theile, als Perſonen da ſind. Aber ſelbſt bei dieſer einfachſten Form des Verhältniſſes kann man darüber ſtreiten, wie man ſich jenen innern Vorgang — ſoll ich ſagen naturhiſtoriſch, ſinnlich oder juriſtiſch? — zu denken habe, z. B. beim Miteigenthum als eine atomiſtiſche Theilung der *Sache* oder als Theilung des *Rechts* oder richtiger des *Inhalts* des Rechts. Eine andere Form für dies Verhältniß einer nicht-ſolidariſchen Concurrenz gewährt die juriſtiſche Perſon. Letztere iſt nicht ſelbſt der Deſtinatär der Rechte, die ſie hat, ſondern dies ſind die phyſiſchen Perſonen, die, ſo zu ſagen, hinter ihr ſtehen, und für die ſie nur den techniſch-nothwendigen Stellvertreter (Rechtsträger) abgibt, ſei es ein geſchloſſener Kreis von Individuen (universitas personarum) oder eine unbeſtimmte Vielheit (universitas bonorum, bei einem Hospital z. B. die Kranken, bei einer Kunſtanſtalt die Kunſtfreunde). Sie iſt (wenigſtens ihrer *privatrechtlichen* Bedeutung nach) nur ein

technisches Instrument, um den Mangel der Bestimmtheit der Subjecte unschädlich zu machen.[513])

Für den zweiten oben genannten Fall der subjectiven Concurrenz (der solidarischen Berechtigung) bieten uns die solidarischen Obligationen im engeren Sinn und die Correalobligationen ein bekanntes Beispiel. Die Structurfrage lautet hier so: haben wir uns das Verhältniß als zwei Obligationen mit demselben Inhalt oder als eine Obligation mit zwei Subjecten vorzustellen?

Als Beispiel für die richtige Feststellung des Gegenstandes des Rechts nenne ich das Erbrecht und die Obligation, da für beide die Ansichten vorzugsweise auseinander gehen. Ist beim Erbrecht die Masse der einzelnen Rechtsverhältnisse oder die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers der Gegenstand? Ist es bei der Obligation der Schuldner, dessen Wille, oder die zukünftige Handlung? Auch für den Inhalt kann die Obligation uns insofern ein Beispiel darbieten, als man gefragt hat, ob das Recht des Gläubigers auf die Handlung oder auf deren Geldwerth gehe? Bei den Servituten streitet man ebenfalls über die Bestimmung des Inhalts, nämlich ob sie abgelöste Eigenthumsbefugnisse oder bloß Beschränkungen des Eigenthums enthalten.

Zur Frage von der Structur der Rechte gehört auch das Accessionsverhältniß derselben zu anderen Rechten, so. z. B. die Abhängigkeit des Pfandrechts von der Forderung, der Verzugszinsen von der Principalobligation, der Prädialservitut vom herrschenden Grundstück. Sodann die Frage vom Verhältniß der Klage zum Recht; läßt sie sich von letzterem trennen, und was bedeutet die Übertragung der Klage ohne das Recht? ist sie ein Zusatz zu letzterem, oder letzteres selber in seiner processualischen Gestalt u. s. w.?

513) Auch bei der hered. jac. fungirt sie in dieser Weise, auch hier nämlich ist das Subject noch unbestimmt, auch hier also ist sie nur ein Mittelglied zwischen der physischen Person und dem Vermögen. Ich komme auf den obigen Gesichtspunkt später zurück, s. B. 4 § 55, 61.

Die übrigen Momente des juriſtiſchen Körpers, denen ich mich jetzt zuwende, hängen mit dem ſo eben entwickelten und unter ſich ſo eng zuſammen, und rückſichtlich mancher Punkte, die im Folgenden erwähnt werden ſollen, iſt es ſo willkürlich und gleichgültig, ob man ſie unter dieſen oder jenen Geſichtspunkt bringt, daß ich nur aus Rückſicht auf den Leſer, um ihm einige Hauptanhaltspunkte zu gewähren, mich zu einer Sonderung derſelben entſchloſſen habe.

2. Eigenſchaften und Kräfte des juriſtiſchen Körpers. Ich nenne beiſpielsweiſe die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte, die Expanſionskraft derſelben, das Accrescenzrecht beim Eigenthum, Uſusfructus, Erbrecht (das Recht dehnt ſich dabei, ſo zu ſagen, aus über einen leer gewordenen Raum), die Trennbarkeit und Untrennbarkeit von der Perſon (Abhängigkeit vom Leben derſelben, Möglichkeit der Übertragung auf Andere u. ſ. w.), die Möglichkeit einer ſolidariſchen Vervielfältigung des Rechts an demſelben Gegenſtand (ſei es neben einander, ſei es hinter einander z. B. beim Pfandrecht), die Möglichkeit einer Beſchränkung oder Verminderung des regulären Inhalts des Rechts (Elaſticität; feſter Theil des Rechtsgeſchäfts: essentialia negotii, beweglicher Theil: naturalia und accidentalia).

3. Phänomene im Leben des Körpers. Dahin gehören vor allen die beiden, welche die Exiſtenz des Körpers ſelbſt betreffen: die Entſtehung und der Untergang. Die Exiſtenzfrage erledigt ſich aber nicht bloß durch eine Angabe der verſchiedenen Entſtehungs- und Endigungsarten — dies iſt mehr die concrete, ſpecielle Partie der Aufgabe — ſondern ſie ſchließt eine Reihe allgemeiner Erörterungen in ſich. Dahin zählen z. B. der Zuſtand der Unentſchiedenheit des Seins (Pendenz; nicht bloß bei Bedingungen, ſondern auch in vielen anderen Verhältniſſen); die Frage von der ewigen oder vorübergehenden Dauer eines Rechtsverhältniſſes, die ſo wichtige Datumsfrage (z. B. wann gilt das Geſchäft als abgeſchloſſen, wann der Verſchollene als verſtorben, wann iſt die actio nata? auf ſie bezieht ſich auch die rückwirkende

Kraft der Bedingung und der Ratihabition), Zwiſchenraum zwiſchen dem Begründungsact und der Entſtehung des Rechts (anticipirte Abſchließung des Geſchäfts vor Eintritt ſeiner Requiſite, z. B. beim Pfandrecht vor Entſtehung der Forderung); oder Zwiſchenraum zwiſchen der Entſtehung und der Wirkſamkeit (dies), dauernde oder vorübergehende Lähmung der Rechte (exceptio peremtoria und dilatoria); theilweiſer Untergang, Wiederherſtellung des Untergegangenen, Metamorphoſe, Übergang in andere Verhältniſſe, Einfluß des Untergangs der Klage auf das Recht (Verſchiedenheit beim Eigenthum und bei der Obligation), des Wegfalls der Forderung auf die Gegenforderung ꝛc.

4. Verhalten zu andern Körpern. Unverträglichkeit gewiſſer Körper mit andern (z. B. der patria potestas und tutela, der teſtamentariſchen und Inteſtaterbfolge, Unanwendbarkeit des Beſitzes auf die Obligation), Verträglichkeit anderer (z. B. des Beſitzes und der Servitut, d. h. Quaſibeſitz), Zuſammentreffen derſelben an demſelben Object oder demſelben Verhältniß und Conflict derſelben (z. B. des Eigenthums und der Obligation, d. h. der reivindicatio und der exceptio rei vend. et traditae, des Eigenthums und Pfandrechts, Einfluß der Concurrenz der Klagen), Wegfallen des einen Körpers und Einwirkung dieſes Umſtandes auf den andern (z. B. Ausfall des vorſtehenden Pfandrechts, Dereliction des praedium serviens oder dominans, Einfluß dieſer Thatſache auf das nachſtehende Pfandrecht oder die Servitut).

Die letzte Conſequenz der naturwiſſenſchaftlichen Methode und die Spitze der ganzen Aufgabe iſt

5. die ſyſtematiſche Claſſification der Rechtskörper oder das Syſtem. Dieſen Punkt habe ich ſchon oben berührt (S. 330).

### Die juristische Construction und ihre Gesetze.

Die ganze bisherige Darstellung hatte im Grunde nur einen vorbereitenden Zweck, dem Leser nämlich eine Anschauung von den Gegenständen und Aufgaben der naturhistorischen Methode, oder, was dasselbe sagt, eine Anschauung des juristischen Körpers zu gewähren.

Ich hoffe, daß es keiner Rechtfertigung bedürfen wird, warum ich mich bei diesem Punkt so lange aufgehalten habe, verhältnißmäßig länger, als ich es bei der Hauptaufgabe, zu der ich jetzt übergehe, thun werde. Jene Anschauung war die unerläßliche Vorbedingung zum Verständniß des Folgenden; versehen mit ihr wird der Leser manches, was ich im Folgenden genöthigt bin nur kurz anzudeuten, zu ergänzen vermögen. Wir sind an dem Punkt angelangt, um zu dem Ausgangspunkt des Paragraphen: der juristischen Construction zurückzukehren und sie mit Einem Wort definiren zu können, nämlich als Gestaltung des Rechtsstoffs im Sinn der naturhistorischen Methode. Die juristische Construction ist, so zu sagen, die bildende Kunst der Jurisprudenz, ihr Gegenstand, ihr Ziel ist der juristische Körper. Jede Arbeit, die sich auf ihn bezieht, insofern sie gestaltender Art ist, möge sie im übrigen den Körper in seiner Totalität zum Gegenstande haben, ihn erst als solchen ins Leben rufen, oder bloß abminiculirender Art sein, einzelne Vorgänge im Leben des Körpers erklären, scheinbare Widersprüche des Einzelnen gegen den Grundbegriff beseitigen, kurz, wie immerhin sie auch sei, wenn sie nur die Structur des Körpers zum Gegenstand hat, fällt unter den Begriff der juristischen Construction. Ich habe die Beschränkung hinzugefügt: insofern sie gestaltender Art ist. Den Gegensatz dazu bildet die rein receptive Bearbeitung desselben, d. h. das bloße Operiren mit den von der Construction aufgestellten Gesichtspunkten, die Erschließung der mittelbar bereits gegebenen Consequenzen; wenigstens bezieht der Sprachgebrauch unsern Ausdruck nur auf die erste Art der Thätigkeit. Jene ist eine

künſtleriſche Production, denn ſie ſchafft etwas Neues, was bisher nicht da war, ſie iſt ein Erfinden,[514]) letztere hingegen iſt nur ein conſecutives logiſches Denken.

Wir unterziehen die juriſtiſche Conſtruction jetzt einer nähern Betrachtung, und zwar erörtern wir zunächſt ihre Geſetze.

Die Conſtruction bezweckt die kunſtgerechte Geſtaltung des juriſtiſchen Körpers. Worin beſteht nun das Kunſtgerechte, d. h. welche Rückſichten, Regeln hat ſie dabei zu beobachten, kurz was ſind ihre Geſetze? Ich nehme folgende an.

1. Das Geſetz der Deckung des poſitiven Stoffs. Die poſitiven Rechtsſätze ſind die gegebenen Punkte, durch welche die juriſtiſche Conſtruction ihre Conſtructionslinie hindurch legen muß; im übrigen iſt ſie dabei völlig frei, die eignen Conſtructionen des Geſetzgebers beſitzen für ſie keine verpflichtende Kraft. Der Geſetzgeber ſoll nicht conſtruiren, er greift damit in die

514) Damit iſt zugleich ausgeſprochen, daß ſie weniger Sache des Fleißes und der Gelehrſamkeit als des Talents und der Intuition iſt. Nirgends verwerthet ſich die Arbeit ſo gut und ſo ſchlecht je nach dem Erfolg, den ſie hat, als hier. Eine gelungene Conſtruction iſt in meinen Augen eine juriſtiſche That, eine Leiſtung von bleibendem Werth, eine mißlungene iſt abſolut werthlos, die Arbeit völlig verloren. Niemand, der ſich an eine ſolche Aufgabe wagt, ſollte ſich verhehlen, daß er Lotterie ſpielt; auf einen Treffer fallen hier, wie die Erfahrung lehrt, hundert Nieten. Die Schwierigkeit und das Verdienſtliche derartiger Leiſtungen wird im allgemeinen viel zu wenig anerkannt. Es beruht dies vielleicht darauf, daß, während der eigentlich gelehrten Arbeit ſtets der Schweiß anklebt, man einer derartigen Leiſtung von all' der Mühe und Anſtrengung, die ihr vorhergegangen, nichts anſieht und daher nur zu leicht geneigt iſt, in dem, was die Frucht langjährigen Suchens war, das müheloſe Geſchenk einer glücklichen Stunde zu erblicken. Ein einziges Wort kann hier oft die Löſung geben, und wenn das Wort ausgeſprochen, erſcheint die Sache ſo natürlich und einfach, daß Jeder es hätte finden können — das Ei des Columbus. Man wird unwillkürlich an die Löſung eines Räthſels erinnert, das bekanntlich ebenfalls ganz anders ausſieht, je nachdem man die Löſung kennt oder erſt ſucht. Daß unſere civiliſtiſchen Räthſel nicht ſo leicht zu rathen ſind, kann man ſchon daraus entnehmen, daß unſere heutige Jurisprudenz, vornehmlich die germaniſtiſche, ſich noch mit einer großen Zahl von Räthſeln trägt, für die der Oedipus noch erſt zu erwarten ſteht.

Sphäre der Wiſſenſchaft über, entkleidet ſich ſeiner Autorität und Macht als Geſetzgeber und ſtellt ſich mit dem Juriſten auf eine Linie. Haben nun zwar aus dieſem Grunde die Conſtructionen des Geſetzgebers keine andere als eine doctrinäre Bedeutung, laſſen ſie ſich mithin jeder Zeit durch die Jurisprudenz berichtigen und beſeitigen, ſo ſind ſie darum doch nicht weniger bedenklich. Denn es iſt erklärlich, daß der Widerſpruch gegen ſie nicht ſo leicht rege wird und einen ungleich ſchwereren Stand hat als gegenüber rein doctrinellen Conſtructionen.[515]) Auch das Her-

---

515) Ein bekanntes Beiſpiel einer geſetzlichen Conſtruction aus der früheren Zeit des römiſchen Rechts liefert die fictio legis Corneliae; aus der ſpäteren Zeit die Beſtimmung Zeno's über die ſelbſtändige Natur des emphyteuticariſchen Contracts. Im allgemeinen aber kann man der römiſchen Legislation bis auf Juſtinian den Vorwurf eines ſolchen Übergreifens in das Gebiet der Wiſſenſchaft nicht machen. Dagegen verfolgt Juſtinian's ganzes Unternehmen bekanntlich den gerade entgegengeſetzten Zweck, ſeine Inſtitutionen und Pandekten ſind Compendien und Geſetzbücher zugleich, und dieſe Vermiſchung der Wiſſenſchaft und der Geſetzgebung hat nicht bloß für die moderne Bearbeitung des römiſchen Rechts in reichem Maße die im Text angedeuteten nachtheiligen Folgen nach ſich gezogen, indem die Wiſſenſchaft bei rein wiſſenſchaftlichen Fragen ſich durch die Autorität Juſtinian's hat einſchüchtern laſſen, ſondern das Beiſpiel des Schulmeiſters auf dem Thron oder des Geſetzgebers auf dem Katheder, das Juſtinian gegeben, hat auch in neueren Geſetzgebungen nur zu willige Nachfolge gefunden. Die Wiſſenſchaft ſoll dem Kaiſer laſſen, was des Kaiſers iſt, aber letzterer auch der Wiſſenſchaft, was der Wiſſenſchaft iſt. — In jüngſter Zeit iſt der Kampf gegen ſolche von unſeren neueren Geſetzbüchern aufgeſtellten Legalconſtructionen von der Wiſſenſchaft energiſch aufgenommen, insbeſondere auf dem Gebiete des öſterreichiſchen Rechts z. B. gegen die Begriffe Ober- und Nutzungseigenthum (Randa der Beſitz nach öſterr. Recht, Aufl. 3, Leipzig 1879 S. 23, Unger Syſtem des öſterr. Privatrechts I S. 608), die Auffaſſung des Beſitzes als eines dinglichen Rechts (Randa S. 48), den Tabularbeſitz (derſelbe S. 62), den titulus und modus acquirendi (Unger II S. 11), die ſymboliſche Tradition (Randa S. 340, 347, Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach öſterreich. Recht, Wien 1867 S. 167 fl.), die Definition der juriſtiſchen Perſonen (Unger I S. 322—324). In älteren und in neueren Geſetzen iſt in dieſer Beziehung noch ſehr viel zu thun; es gibt nichts verkehrteres, als den Worten, die ſie gebrauchen, ſchlechthin Glauben zu ſchenken; ſo gebrauchen

kommen oder die Geschichte kann, sofern es sich in Wirklichkeit nur um bloße Constructionen handelt, dabei nicht ins Gewicht fallen.[515a])

Die Jurisprudenz ist also hinsichtlich der künstlerischen Gestaltung des Stoffs vollkommen frei, insofern ihm nur in der Form, die sie ihm verleiht, dieselbe praktische Kraft verbleibt, wie in seiner bisherigen. Es stehen ihr dabei möglicherweise ganz verschiedene Formen zu Gebote. Aus baupolizeilichen Rücksichten untersagte das ältere Recht dem Eigenthümer die Vindication des ohne sein Wissen in ein fremdes Haus verbauten Baumaterials, das ein Anderer in sein Haus verbaut hatte, und verwies ihn statt dessen auf eine persönliche Entschädigungsklage; nach Trennung des Materials, z. B. durch Zusammenstürzen des Hauses, setzte es der Vindication kein Hinderniß entgegen. Dieser Gestaltung des Rechtsverhältnisses konnte man einen verschiedenen juristischen Ausdruck geben, nämlich entweder den, daß das Eigenthum untergehe, späterhin aber wieder aufwache, oder den, daß zwar das Eigenthum fortdauere, allein nur nicht geltend gemacht werden könne, so lange die Verbindung dauere. Letztere Vorstellungsweise verdiente vor ersterer offenbar den Vorzug; denn daß das Eigenthum durch eine eigenmächtige Handlung eines Miteigenthümers verloren gehe, war eben so anstößig, als daß es, einmal untergegangen, späterhin wieder aufwache. Angenommen

---

sie z. B. nicht selten den Ausdruck „Besitz", wo der Anspruch auf Übertragung des Besitzes gemeint ist (Stobbe in meinen Jahrbüchern XII S. 234), so sprechen sie von einem Übergang des Eigenthums an der verkauften Sache mit Abschluß des Kaufs, wo sie dabei nur den Übergang der Gefahr im Auge haben und das „Eigenthum" nur als structuellen Gesichtspunkt zur Begründung dieses letzteren Satzes verwenden.

515a) Ein Beispiel zu der Behauptung gibt die Construction der Spolienklage für den Pächter bei Bruns, Die Besitzklagen S. 243. Dadurch ist freilich nicht ausgeschlossen, daß nicht der Gesichtspunkt, unter den eine Zeit ihre eigenen Einrichtungen gebracht hat (z. B. das Mittelalter das Autonomierecht der Städte und des hohen Adels), für die richtige Auffassung derselben höchst wichtig werden kann.

nun, es hätte das Gesetz die letztere Vorstellungsweise adoptirt gehabt, so wäre meiner Ansicht nach die Jurisprudenz durchaus berechtigt gewesen, dieselbe als eine unvollkommene Construction durch die andere zu ersetzen. Beide führten praktisch ganz zu denselben Resultaten, sie waren also nichts als juristische Constructionen, Versuche der Wissenschaft, die praktischen Sätze rationell zu erklären.

Wenn dagegen ein neuerer Rechtsgelehrter [515b]) den im römischen Recht ausgesprochenen Satz, daß die Hälfte des auf fremdem Grund und Boden gefundenen Schatzes dem Grundeigenthümer gehöre, in der Weise mit der Occupationstheorie in Einklang zu bringen versucht, daß der Finder das Eigenthum am ganzen Schatz erwerbe, aber gesetzlich *verpflichtet* sei, die Hälfte an den Grundeigenthümer herauszugeben, so steht *diese* Construction mit unserm obigen Gesetz der Deckung des positiven Stoffs in Widerspruch, denn sie führt zu Resultaten, welche dem positiven Recht nicht entsprechen, z. B. dem, daß der Grundeigenthümer wegen der ihm gebührenden Hälfte nur eine persönliche Klage gegen den Finder haben würde, während das römische Recht, indem es ihm das Miteigenthum an der Hälfte einräumt (»dimidium ipsius« § 39 I. de R. D. 2. 1), ihm damit zugleich eine Klage gegen Dritte gewährt.

2. *Das Gesetz des Nichtwiderspruchs* oder der systematischen Einheit. Ich brauche kaum zu bemerken, daß es sich hier nicht um Widersprüche des Gesetzgebers, sondern um Widersprüche der Wissenschaft mit sich selbst handelt. Die Jurisprudenz ist wie an das Gesetz, so auch an *sich selbst* gebunden, sie darf bei ihren Constructionen nicht mit sich selbst, mit den Begriffen, Lehrsätzen, die sie anderwärts aufgestellt hat, in Widerspruch treten, ihre Constructionen müssen stimmen, sowohl in sich, als unter einander. Ein *Begriff* duldet keine Ausnahme, so wenig, wie ein Körper sich verläugnen, ausnahmsweise etwas

515b) *Puchta* Pandekten § 154.

anderes sein kann, als er ist. Läßt sich also eine Lage des Körpers auffinden, die mit dem aufgestellten Begriff unverträglich ist, so fehlt ihm die wissenschaftliche Lebensfähigkeit und das Recht auf Existenz. Ob diese Lage eine ungewöhnliche und praktisch wenig belangreiche ist, relevirt nichts, denn es handelt sich bei der ganzen Aufgabe nicht um ein praktisches, sondern um ein logisches Problem.[516] Die Probe der Construction besteht darin, daß die Wissenschaft ihren Körper durch alle erdenklichen Lagen hindurchführt, ihn in jede mögliche Verbindung mit andern Körpern bringt, ihn mit jedem ihrer Lehrsätze vergleicht. Erst wenn alles zusammenstimmt, hat er seine Probe bestanden, ist er ächt und wahr. Als Beispiel nehmen wir die Obligation. Fassen wir dieselbe mit den römischen Juristen einmal als Qualität der beiden betheiligten Personen auf, so folgt daraus, daß sie ohne die beiden Personen nicht existiren kann — denn eine ohne Subject bestehende Qualität ist ein Unding — daß sie mithin mit dem Tode des Gläubigers oder Schuldners untergehen muß. Wenn sie nun dennoch praktisch fortdauert, so muß entweder jene Auffassung selbst aufgegeben werden oder aber — und diesen Weg haben die römischen Juristen eingeschlagen — jener Widerspruch dadurch beseitigt werden, daß die Person als fortdauernd gedacht wird. Ein Drittes gibt es nicht, denn das Dritte könnte nur darin bestehen, daß man sich bei dem bloßen Factum der Fortdauer der Obligation beruhigte, darauf verzichtete, letzteres mit

---

516) So behandeln die römischen Juristen z. B. beim Eigenthum die Frage von der Fortdauer desselben an einem entflogenen Vogel, entronnenen Wilde, so untersuchen sie das Eigenthumsverhältniß an den erbschaftlichen Sachen vor Antretung der Erbschaft, an den unter einer Bedingung legirten Sachen während der Pendenz derselben u. s. w. So stellen sie an sich die Anforderung, da, wo ein Rechtsverhältniß in irgend einem Zeitraum entstanden, den Zeitpunkt der Entstehung anzugeben, und läugnen daher z. B. consequenterweise auch die Möglichkeit der Entstehung überhaupt, wo kein solcher einzelner Entstehungsmoment denkbar ist, L. 9 § 3 qui pot. (20. 4).

dem Begriff der Obligation in Einklang zu setzen. Das wäre aber ein wissenschaftlicher Bankerott, ein Abfall von aller und jeder Jurisprudenz. Ferner! Wenn die Jurisprudenz einmal den Lehrsatz aufstellt, daß die Obligation durch Zahlung untergeht, so muß es als ein juristisches Unding erscheinen, daß der Gläubiger nach erhaltener Zahlung die Klage noch cediren kann. Nichts desto weniger erkennt das Recht eine Cession des Gläubigers an den Bürgen nach geleisteter Zahlung als möglich an. Auch hier kann die Wissenschaft sich nicht dabei beruhigen, daß es einmal so Rechtens sei, sondern entweder muß sie jenen Satz fallen lassen, oder aber, wenn sie dies nicht will oder kann, einen Gesichtspunkt aufsuchen, der den Widerspruch beseitigt, ihn als einen bloß scheinbaren hinstellt, und dies ist von den römischen Juristen in einer höchst ungezwungenen, überzeugenden Weise bewerkstelligt worden.[517])

Wir können der Anforderung, um die es sich bei unserm zweiten Gesetz handelt, den Ausdruck geben: die Wissenschaft darf keine juristischen Unmöglichkeiten statuiren. Der Begriff der juristischen Möglichkeit und Unmöglichkeit scheint nun auf den ersten Blick ein absoluter zu sein, in der That aber ist er ein relativer. Wie vieles würde den römischen Juristen als juristisch unmöglich erscheinen, was heutzutage als juristisch möglich gilt (z. B. Forderungen, die dem jedesmaligen Inhaber eines Papiers zustehen, Indossamente in blanco, offene Hypotheken an eigener Sache u. s. w.), und an wie manchen nehmen wiederum sie keinen Anstoß, worin die älteren Juristen geradezu einen Verstoß gegen jede juristische Logik erblickt haben würden![518])

---

517) Die Zahlung des Bürgen ist nämlich unter den Gesichtspunkt eines Kaufs der Forderung gebracht worden; siehe L. 76 de solut. (46. 3).

518) So z. B. die traditio in incertam personam. Die ältere Jurisprudenz konnte sich den jactus missilium nur als Dereliction von der einen und Occupation von der anderen Seite construiren. Die neuere hat sich zu der allein zutreffenden Construction der traditio in incertam personam erhoben.

Wie im Recht selbst, so findet auch in der Anschauungsweise der Wissenschaft ein ewiger Fortschritt statt, ihr geistiger Horizont und damit der Kreis des Möglichen erweitert sich, sei es durch ihr eignes Verdienst, sei es durch die Macht der Thatsache, die ihr das bisher für juristisch unmöglich Gehaltene als praktisch nothwendig aufdrängt und ihr damit die Nöthigung auferlegt, das Gebiet des theoretisch Möglichen dem entsprechend auszudehnen. Es gibt für sie in letzterem Fall nur folgende Alternative: es muß entweder das bisherige Dogma[519]) sich dem Neuen oder das Neue sich dem Dogma fügen, entweder müssen die bisherigen Begriffe, Lehrsätze verändert werden, um dem Neuen ein Unterkommen zu gewähren, oder aber letzteres muß durch eine geschickte Manipulation, durch irgend einen geeigneten Gesichtspunkt so zugerichtet werden, daß es mit dem Dogma in Einklang tritt. Dieser letztere Weg ist der nächstgelegene, und es ist nicht bloß verzeihlich, sondern durchaus motivirt, wenn die Jurisprudenz zunächst ihn einschlägt, alle ihre Kunst aufbietet, um sich der Nothwendigkeit zu entziehen mit ihren bisherigen Lehrsätzen zu brechen. Die altrömischen Juristen haben die Kunst der Vermittelung des praktisch Neuen mit dem theoretisch Alten in hohem Grade verstanden, wovon der Verlauf der Darstellung uns manche glänzende Proben geben wird,[519a]) ja sie schlagen dabei nicht selten Umwege ein, die durch ihre Schwerfälligkeit und Weitläufigkeit nahezu ans Lächerliche streifen (Bd. 4 § 58). Aber man lasse sich durch die Übertreibung eines an sich völlig berechtigten

---

519) Dasselbe kann nicht bloß in positiven Rechtssätzen und juristischen Grundanschauungen, sondern auch in allgemein logischen Axiomen bestehen, Beispiele davon s. u.

519a) Eine Menge derartiger Beispiele habe ich B. 4 Note 320. 334 gegeben, einige andere bei Regelsberger, Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte, Erlangen 1859 S. 7 Note c z. B. „um einen Nießbrauch auch dem Erben zukommen zu lassen, hat man nicht eine Ausnahme von der Unübertragbarkeit gemacht, sondern durch die Verpflichtung zu neuer Bestellung geholfen L. 5 pr. quib. mod. ususfr. (7. 4)."

Gedankens nicht an ihm ſelber irre machen, und man hüte ſich, den geſunden, ächt juriſtiſchen Sinn, aus dem ſelbſt ſie hervorging, ſo wie die höchſt vortheilhaften Folgen jener Strenge und Pedanterie zu überſehen. Soll das wiſſenſchaftliche Gebäude Feſtigkeit erlangen, ſo rüttle man nicht ohne Noth an dem Fundament, ſo lerne man ſich einrichten und ſich behelfen. Gerade dieſes Sichbehelfen trägt der Wiſſenſchaft reichliche Früchte. Die Noth macht erfinderiſch! Der Nothſtand, in den der Conflict des Neuen mit dem Alten den Juriſten verſetzt, oder richtiger das Beſtreben, dieſen Conflict ohne Schaden des Alten auszugleichen, hat ſich für die Entwicklung des juriſtiſchen Scharfſinns ſehr wohlthätig erwieſen. Er treibt und preßt die ganze dialektiſche Kunſt des Juriſten zur äußerſten Anſpannung und damit zu Erfindungen und Entdeckungen, die ganz abgeſehen von dem unmittelbaren Zweck, dem ſie dienen ſollen, der Wiſſenſchaft höchſt werthvolle und fruchtbare Bereicherungen eintragen. So hat die ſpätere römiſche Jurisprudenz unter dem Einfluß ſolcher zwingenden Veranlaſſungen eine Reihe von Unterſchieden entdeckt, die für ewige Zeiten ihren Werth behalten werden.

Dieſe Kunſt der Vermittelung hat aber ihre Gränzen. Es gibt einen Punkt, über den hinaus das Feſthalten des Bisherigen in Unnatürlichkeit und Zwang ausartet.[520] Wann und wo derſelbe eintritt, iſt mehr Sache des Gefühls als einer objectiven Beſtimmung. Vermittelnde Conſtructionen, die dieſer Zeit genügen, machen einer anderen den Eindruck des Gekünſtelten, und ſo entſchloſſen ſich ſelbſt die römiſchen Juriſten, ſo ſtreng ſie im

520) So z. B. definirten die römiſchen Juriſten urſprünglich das pignus als Vertrag, und ſie konnten dieſe Definition bei den erſten Fällen des ſogenannten geſetzlichen Pfandrechts noch mit Anſtand aufrecht halten (quasi tacite convenerit: pignus tacitum). Allein als auch eine teſtamentariſche Beſtellung des Pfandrechts aufkam, ward dies unmöglich, und für das juſtinianiſche Recht mit ſeinen vielen geſetzlichen Pfändern wäre die Zurückführung desſelben auf den Geſichtspunkt eines ſtillſchweigenden oder fingirten Vertrages geradezu eine Abſurdität.

übrigen gerade an dem hergebrachten Dogma feſthielten, doch hie und da mit demſelben offen zu brechen, während die ältere Jurisprudenz ſich dieſer Zumuthung durch eine vermittelnde Conſtruction entzogen hatte.[521]) Für die heutige Jurisprudenz gäbe es in dieſer Beziehung ſelbſt hinſichtlich der rein römiſchen Theorie (alſo ganz abgeſehen von den Änderungen derſelben durch unſer heutiges Recht) noch viel zu thun.[522])

Die bisherige Erörterung hat unſer zweites Geſetz bloß nach der Seite hin verfolgt, nach der es uns vom Standpunkt der altrömiſchen Technik aus intereſſirt, das Geſetz ſelbſt aber reicht weiter und wird insbeſondere für die ſyſtematiſche Claſſification höchſt wichtig, was ich hier jedoch nicht weiter ausführen darf.

Wenn wir die beiden Geſetze der juriſtiſchen Conſtruction, die wir bisher erörtert haben, in Gegenſatz ſtellen wollen, ſo können wir ſagen, daß das erſte im poſitiven, das zweite im logiſchen Element wurzelt. Das Element des dritten und letzten Geſetzes, zu dem ich jetzt übergehe, möchte ich als äſthetiſches bezeichnen.

3. Das Geſetz der juriſtiſchen Schönheit. Man

---

521) Ich erinnere z. B. an den jactus missilium in der Note 518. Das alte Dogma lautet: kein Rechtsgeſchäft läßt ſich in personam incertam vornehmen. Wollte man dasſelbe aufrecht erhalten, ſo blieb nichts übrig als den jactus missilium in Dereliction und Occupation zu zerlegen. Aber dieſe vermittelnde Conſtruction war eine geklünſtelte, denn ſie that dem Willen des Jacenten, der eben nicht auf Dereliction, ſondern auf Übertragung gerichtet war, Zwang an. Die ſpätere Jurisprudenz gab hier der Wahrheit die Ehre, indem ſie eine traditio in incertam personam annahm, und damit ändert ſie in der That das obige Dogma; was bis dahin als juriſtiſch unmöglich galt, ward jetzt als möglich angenommen. Wie neuere Juriſten z. B. Puchta Pandekten § 148 Note k den Gegenſatz beider Conſtructionen (bei der einen liegen zwei einſeitige, bei der andern ein zweiſeitiger Akt vor) überſehen und beide für vereinbar halten konnten (als ob eine Tradition aus Dereliction und Occupation beſtände!), iſt ſchwer zu verſtehen.

522) Man nehme z. B. die erbrechtlichen Sätze: nemo pro parte testatus etc., semel heres, semper heres und ſo manche andere, die bereits zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten mehr figurirten als wirklich galten.

wird es für gesucht halten, wenn ich von einem juristischen Kunst- oder Schönheitssinn spreche. Aber die Sache selbst bringt es mit sich, und wenn man mir einmal verstattet hat, von einer künstlerischen Gestaltung des Stoffs zu reden, so wird man sich auch den Kunstsinn gefallen lassen müssen.[523]) Auf ihm beruht das Wohlgefallen und Mißfallen, das gewisse Constructionen in uns erregen. Die einen befriedigen uns durch ihre Natürlichkeit, Durchsichtigkeit, Einfachheit, Anschaulichkeit, die andern stoßen uns durch das Gegentheil ab, erscheinen uns gezwungen, unnatürlich u. s. w., ohne daß wir sie doch für verkehrt erklären könnten. Dies Gesetz ist also nicht, wie die beiden ersten, ein absolutes. Eine Construction, die gegen jene verstößt, ist absolut unrichtig, ist keine Construction; eine schwerfällige, gezwungene Construction dagegen ist, so lange man keine bessere an ihre Stelle setzen kann, berechtigt, nothwendig. In dieser letzteren Hinsicht gibt es also Gradationen, vollkommnere und unvollkommnere Constructionen. Der Vergleich mit der Kunst trifft selbst insofern zu, daß wir von einem verschiedenen Kunststyl verschiedener Epochen der Jurisprudenz sprechen können, wie denn z. B. die Verschiedenheit der ältern und neuern römischen Jurisprudenz in dieser Hinsicht sich einem aufmerksamen Beobachter kaum entziehen kann und von uns auch an den betreffenden Stellen angedeutet werden soll. Der Styl der älteren Jurisprudenz charakterisirt sich vorzugsweise durch das Bestreben einer plastischen Darstellung und Motivirung innerer Thatsachen und Vorgänge, während die spätere Jurisprudenz mehr mit begrifflichen, innerlichen Mitteln operirt, z. B. das Scheingeschäft durch Fictionen ersetzt.

Einer näheren Ausführung dieses dritten Gesetzes enthalte

---

523) Den römischen Juristen schwebte dieselbe Vorstellung vor, sie kannten ein juristisches Schönheitsgefühl und erkannten es als berechtigt an, man denke z. B. an den Vorwurf einer inelegantia juris (bei Gajus I § 84. 85) und an das Gesetz der Symmetrie (L. 35 l. 100 de R. J. 50. 17).

ich mich, da ſie zum Zweck des Verſtändniſſes der altrömiſchen Technik nicht geboten erſcheint, und die Probeſtücke, die wir ſeiner Zeit von letzterer erhalten werden, auch ohne Commentar verſtändlich ſind. Darum nur folgende Bemerkungen. Je *einfacher* die Conſtruction, um ſo vollkommener iſt ſie, d. h. um ſo anſchaulicher, durchſichtiger, natürlicher; in der höchſten Einfachheit bewährt ſich auch hier die höchſte Kunſt. Die verwickeltſten Verhältniſſe ſind von den Römern nicht ſelten mit den einfachſten Mitteln conſtruirt (man denke z. B. an die juriſtiſche Perſon), und Conſtructionen, die den Eindruck des Gekünſtelten, Complicirten machen, müſſen uns von vornherein mit gerechtem Mißtrauen erfüllen. *Anſchaulich* iſt die Conſtruction, wenn ſie das Verhältniß unter einem Geſichtspunkt erfaßt, der unſerer Vorſtellung leicht zugänglich iſt (wie z. B. bei dem Begriff der univ. rerum distantium); *durchſichtig*, wenn die Conſequenzen des Verhältniſſes in dieſem Geſichtspunkt offen hervortreten, wie in dem Begriff der juriſtiſchen Perſon; *natürlich*, wenn die Conſtruction keine Abweichung von dem, was ſonſt in der ſinnlichen oder geiſtigen Welt vor ſich geht, [524]) poſtulirt. Beruht unſere ganze Conſtruction einmal auf einer naturhiſtoriſchen Anſchauung, ſo iſt es erklärlich, daß ſie ſich den Geſetzen und Vorgängen der Natur möglichſt eng anzuſchließen, ſie auf ihrem Gebiete und in ihrem Stoff möglichſt nachzubilden verſucht,

524) Solche der Anſchauung der natürlichen Welt entnommene, von den römiſchen Juriſten für die juriſtiſche Conſtruction adoptirte Sätze ſind z. B.: was einmal untergegangen, kann ſeine alte Exiſtenz nicht wieder erlangen; Geſchehenes läßt ſich nicht ändern (z. B. L. 2 de resc. vendit. 18. 5; L. 26 pr. de usufr. leg. 33. 2: perire non potuit, quod quis nondum habuit); Urſache und Wirkung dulden kein vacuum zwiſchen ſich. Dahin gehört der Gedanke vom Gleichgewicht der Kräfte, mit dem z. B. Venulejus L. 13 de duob. reis (45. 2) operirt: cum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, qua re altera potius quam altera consumatur, L. 5 de fidej. (46. 1), womit auch der Satz: melior est conditio possidentis zuſammenhängt; ferner die Deduction der Unmöglichkeit einer compossessio in solidum in L. 3 § 5 de poss. (41. 2).

und nicht selten scheint das »naturale« der Römer eben diese Bedeutung einer Natur-Imitation zu haben. [525])

Die bisherige Erörterung hat uns die Anforderungen angegeben, denen die juristische Construction zu entsprechen hat, es mögen jetzt noch einige Worte folgen über die Mittel, die sie zu diesem Zweck in Anwendung bringt, ich nenne sie den Constructionsapparat.

Die niederste Stufe in demselben nehmen ein die von der Sprache recipirten Bilder, z. B. der servus poenae (L. 17 pr. de poen. 48. 19), die Bezeichnung der Servituten als jura praediorum, die der reivindicatio als actio in rem, die des Pfandrechts als obligatio rei. Eine Sache kann weder ein Recht haben, noch verklagt werden, noch Subject einer Obligation sein. Allerdings kennt unsere Wissenschaft die Möglichkeit einer Personificirung dessen, was in Wirklichkeit nicht Person ist, allein in jenen Fällen ist daran nicht zu denken, die Personification ist hier keine juristische, sondern eine bloß figürliche. Nichts desto weniger aber glaube ich jene Ausdrücke als Constructionsversuche vom Standpunkt der natürlichen Auffassungsweise bezeichnen zu dürfen — hat man doch sogar wirkliche Constructionen in ihnen finden wollen — und es läßt sich nicht läugnen, daß sie mit Geschick gewählt sind und der Anschauung höchst brauchbare Anhaltspunkte gewähren. Als gleichfalls einer niederen Stufe angehörige Constructionsmittel nenne ich sodann die Scheingeschäfte, die hier aber nicht weiter besprochen werden sollen, da wir später Gelegenheit erhalten werden, sie kennen zu lernen (B. 4 § 58). An sie reihen sich sodann die Fictionen, die häufig nur das Caput mortuum früherer Scheingeschäfte sind. Eine gewisse Ähnlichkeit mit der Fiction hat die künstliche Er-

525) z. B. in der freilich nicht ganz richtigen Abstraction der Gleichheit der Entstehungs- und Endigungsarten L. 35 de R. J. (50. 17): nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.

weiterung natürlicher Begriffe z. B. die Ausdehnung des Fruchtbegriffs auf das uti (fructus civiles), des Beſitzes auf Servituten (juris possessio), die der Perſon auf juriſtiſche Perſonen, die der Sache auf Complexe von Sachen (juriſtiſche Sachen) u. ſ. w. Eins der ſcheinbar künſtlichſten Mittel in unſerem römiſchen Recht iſt die rückwirkende Kraft; von ihr wird an einer anderen Stelle die Rede ſein.

Es verbleibt uns jetzt als letzter Punkt noch die Frage nach dem eigenthümlichen techniſchen Werth und Nutzen der juriſtiſchen Conſtruction. Wie verhält ſich letztere zu der früher (§ 38) entwickelten höchſten Aufgabe der Technik, der Erleichterung der ſubjectiven Beherrſchung des Rechts? Wir wollen das durch die Conſtruction im Sinn der naturhiſtoriſchen Methode geſtaltete Recht das Syſtem nennen und faſſen den Inhalt der folgenden Ausführung in die beiden Sätze zuſammen: das Syſtem iſt die praktiſch vortheilhafteſte Form des poſitiv gegebenen Stoffs — und: es iſt die Quelle neuen Stoffs.

1. Das Syſtem iſt die praktiſch vortheilhafteſte Form des poſitiv gegebenen Stoffs.

Die Erhebung des Rechts zum Syſtem im obigen Sinn entzieht demſelben, wie bereits früher bemerkt, ſeine äußerlich praktiſche Form, ohne die innere praktiſche Kraft desſelben zu vermindern. Alle unſere Begriffe, Eintheilungen ſind praktiſche Potenzen; gewonnen aus Rechtsſätzen, laſſen ſie ſich jederzeit von dem, der es verſteht, wiederum auf ſie zurückführen. (Bd. 1 S. 38.)

Wenn nun jene Umwandlung einerſeits die bisherige Brauchbarkeit des Stoffs um nichts beeinträchtigt, ſo vervollkommnet ſie ihn andererſeits dagegen in höchſt weſentlicher Weiſe.

Erſtens: das Syſtem iſt die anſchaulichſte, weil plaſtiſche Form des Stoffs. Während derſelbe als rein ſtoffartige Subſtanz (d. h. als bloßer Inbegriff von Regeln) nur mit dem Gedächtniß erfaßt werden kann, geſchieht dies in der Geſtalt

des Syſtems vermittelſt des juriſtiſchen Anſchauungsvermögens, der Intuition. Das Charakteriſtiſche der Anſchauung liegt in der Einheit, Totalität und Simultaneität des Bildes, das ſie dem Geiſt vorführt. Die Anſchauung ſucht nicht erſt das Einzelne zuſammen, wie das Gedächtniß, ſondern ſie hat dasſelbe gleichzeitig und in ſeinem ganzen Zuſammenhang vor Augen. Dies ſetzt aber voraus, daß ein ſolcher Zuſammenhang, eine Einheit, kurz ein objectiv Anſchauliches exiſtire. Dieſe objective Anſchaulichkeit wird nun für das Recht eben begründet durch das Syſtem. Denn im Syſtem iſt ja der geſammte Stoff gegliedert, er hat ſich gruppirt und zuſammengethan zu einzelnen plaſtiſch abgerundeten Körpern. Jeder ſolcher Körper iſt der Träger einer Maſſe von Rechtsſätzen oder richtiger nicht ein bloßer Träger, ein mit ihnen behangenes Gerippe, ſondern die Incarnation, er iſt ſie ſelbſt, ſie ſind ſein Fleiſch und Blut geworden. In ihm hat die Maſſe individuellen Ausdruck und die Möglichkeit eines Totaleindrucks gewonnen. Jeder dieſer Körper hat für uns ſeine beſtimmte Phyſiognomie und Individualität; wer längeren Verkehr mit ihnen gepflogen, dem erſcheinen ſie wie „wirkliche Weſen, die ihm durch längeren Umgang vertraut geworden“ (Note 506) — er kennt ſie, wo und in welcher Umhüllung er ſie trifft, er weiß, was ſie können und nicht können, ohne daß er nöthig hätte, viel darüber zu reflectiren und ſich erſt der Gründe bewußt zu werden.

Alles das, was wir mit Recht als Kriterium und Vorzug des ächten juriſtiſchen Denkens betrachten: Raſchheit, Leichtigkeit, Sicherheit des Urtheils oder mit einem Wort: der juriſtiſche Blick hat zu ſeiner Vorausſetzung die objective und ſubjective Möglichkeit der Anſchauung d. h. ein Bild, das angeſchaut werden kann: den juriſtiſchen Körper, und das juriſtiſche Auge, das ſich die Fähigkeit erworben hat, ihn wahrzunehmen.

Zweitens: das Syſtem iſt die bequemſte, weil kürzeſte, concentrirteſte Form des Stoffs — eine Behauptung,

die nach den Ausführungen in dieſem und den vorhergehenden Paragraphen keiner weiteren Erörterung bedarf.

Drittens: das Syſtem iſt die durchſichtigſte Form des Stoffs. In dieſer Form wird die ganze Fülle ſeines Inhalts zu Tage gefördert, alles, was in ihm ſteckt, hervorgetrieben: die Beziehungen der entfernteſten Punkte, die feinſten Unterſchiede und Ähnlichkeiten, die ſtillſchweigenden Vorausſetzungen, die den rechtlichen Dingen zu Grunde liegen, und die gerade wegen ihrer Natürlichkeit und Nothwendigkeit ſich der Beobachtung leicht entziehen — kurz das Innerſte und Geheimſte des Stoffs wird ins Bewußtſein gebracht. Darum könnte man die naturhiſtoriſche Methode etwa die peinliche Frage des Rechts nennen, die den Stoff wie bei der Folter zum Geſtändniß zwingt. Jene allgemeinen Kategorien, die wir oben mitgetheilt haben: Entſtehung, Untergang, Eigenſchaften u. ſ. w. des Rechtskörpers ſind zwar an ſich inhaltslos, formal, allein ſo wie ſie mit dem Stoff in Verbindung geſetzt werden, entwickeln ſie eine außerordentliche dialektiſche Triebkraft. Immerhin mögen ſie nur Fragen ſein, die wir an ihn richten, allein die Frage iſt der erſte Schritt zur Erkenntniß, ja nicht ſelten die Erkenntniß ſelbſt. Allerdings verſorgt uns auch die Praxis täglich mit Fragen und verhilft uns dadurch mittelbar zu einer Erweiterung unſerer Kenntniſſe, allein die Fragen der Praxis ſind nicht immer gerade die lehrreichſten. Eine völlig unpraktiſche Frage, die aber das Inſtitut, ſo zu ſagen, an ſeiner empfindlichſten Stelle, an ſeiner Wurzel erfaßt, kann für die wahrhafte Erkenntniß desſelben unendlich viel wichtiger ſein, als die täglich vorkommenden praktiſchen Fragen; mit der Beantwortung einer ſolchen Frage können mittelbar eine Reihe der praktiſch-wichtigſten Fragen, die man bisher auf unmittelbarem Wege vergebens zu löſen ſuchte, ihre definitive Erledigung finden.[528]) So wie die Naturwiſſenſchaft die

528) So z. B. hat die Frage von dem Vertragsabſchluß mit einem Tauben ein höchſt geringes Intereſſe, und doch iſt ſie für die Unterſuchung der Natur des Vertragsabſchluſſes höchſt förderlich, ſ. die Stelle von Merlin bei

für das Leben folgenreichsten Entdeckungen in der Regel bei Fragen und Untersuchungen macht, die von vornherein gar keine praktische Ausbeute in Aussicht stellten, und wie sie regelmäßig dadurch dem Leben am meisten *dient*, daß sie sich ihm *entzieht*, so trifft dasselbe nicht selten auch für die Jurisprudenz zu. Ihre besten Entdeckungen macht sie mitunter in völlig unpraktischen Regionen, und hätten die römischen Juristen uns auch sonst nichts gelehrt, wir wären ihnen schon für die eine Lehre zum ewigen Dank verpflichtet: daß nämlich die Jurisprudenz, um praktisch zu sein, sich nicht auf praktische Fragen allein beschränken darf.

2. *Das System ist eine unversiegbare Quelle neuen Stoffs.*[528a])

Wenn die Jurisprudenz bloß erschließt, was der Gesetzgeber mittelbar gesetzt und gegeben hat, so kann man hier nur uneigent-

---

*Regelsberger* Civilrechtliche Erörterungen, Heft 1 Weimar 1868 S. 13. Der Untergang der Ansprüche durch sogenannten concursus duarum causarum lucrativarum kommt im Leben außerordentlich selten vor, und doch hat jetzt Gustav *Hartmann* einen ganz richtigen Treffer bewährt, wenn er von diesem Punkt aus versucht hat, die Wurzeln der römischen Obligation bloß zu legen, s. dessen Schrift über die römische Obligation, Erlangen 1875.

528a]) Ich weiß nicht, ob die Bemerkungen von *Arnold*, Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865 S. 204 u. 430 gegen den obigen Satz gerichtet sein sollen, jedenfalls würden sie dann auf dem doppelten Mißverständniß beruhen, einmal, als ob ich unter *System* bloß die äußere Anordnung der Begriffe verstehe, während ich doch mich S. 383 deutlich darüber ausgesprochen habe, in welchem Sinn ich diesen Ausdruck gebrauche, nämlich als das Ganze der zur juristisch-begrifflichen Form erhobenen Rechtsbestimmungen. Ich kann unmöglich annehmen, daß der genannte Gelehrte die Thatsache hat läugnen wollen, von der jedes Blatt des corpus juris Zeugniß ablegt, daß die in dem System in *diesem* Sinn gebundene oder richtiger lebendige dialektische Kraft sich als eine unversiegbare Quelle neuer Rechtswahrheiten bewährt hat und täglich bewährt. Das zweite Mißverständniß würde darin bestehen, als ob ich meinte, daß die Jurisprudenz dieses Ganze aus dem Nichts geschaffen, während ich den „Stoff" doch als gegeben voraussetze (s. S. 360, 371) und der Jurisprudenz nur die Aufgabe seiner Erhebung zu einer höheren d. h. begrifflichen Form vindicire, womit sich aber sehr wohl verträgt, daß sie in Fällen, wo der Gesetzgeber sie absolut im Stich

lich von einem neuen Stoff reden; es iſt nicht ſowohl eine Production als eine Enthüllung.[529]) Dagegen gibt es auch eine juriſtiſche Production im ſtrengſten Sinn, die Hervorbringung eines abſolut neuen Stoffes. Wer nur die oberflächlichſte Anſchauung von den Arbeiten der römiſchen Juriſten hat, muß ſie kennen; denn jedes Blatt unſerer juſtinianiſchen Pandekten legt Zeugniß von ihr ab. Wie viele Lehren hat die römiſche Jurisprudenz geſchaffen, zu denen das poſitive Recht ihr auch nicht den geringſten Anhaltspunkt, den leiſeſten Anſtoß gegeben hatte! Welches Geſetz hatte z. B. etwas beſtimmt über die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Servituten, des Pfandrechts u. ſ. w.? Und doch iſt dieſe Lehre von der Untheilbarkeit eine der feinſten, die es gibt. Oder wo ſtand etwas über den Eigenthumserwerb durch Specification und Acceſſion? Dieſe Lehren ſind ausſchließlich juriſtiſche Productionen, gewonnen rein auf dem Wege der juriſtiſchen Speculation. Der Stoff, aus dem die Jurisprudenz die Lehre von der Specification und Acceſſion bildete, war nichts als der allgemein logiſche Begriff der Identität, angewandt auf die Umgeſtaltung einer Sache.

Das praktiſche Leben kann dieſer Ergänzung des poſitiven Rechts durch die Jurisprudenz gar nicht entrathen und letztere

---

läßt, ſelber ſich zu helfen ſucht und hier ſowohl in materieller wie formeller Beziehung eine ſchöpferiſche Thätigkeit entwickelt. Auch das meine ich nicht, als ob, um den Gegenſatz in der Sprache der römiſchen Juriſten zu bezeichnen, die »utilitas« vor der »ratio juris« verſtummen müßte, aber das meine ich allerdings und daran halte ich ſtets feſt, daß die Jurisprudenz an der Hand der ratio juris überall ſo weit vorſchreiten ſoll, bis die utilitas ihr in den Weg tritt und Proteſt einlegt; wenn ſie das nicht dürfte, ſo würde ihr nichts übrig bleiben als die Paragraphen des Geſetzbuchs auswendig zu lernen; wo dieſe nicht ausreichten, müßte der Geſetzgeber ſelber den Prozeß entſcheiden. Meine Ausführungen über die „Überſchätzung des logiſchen Elements im Recht“ in B. 4 § 59 werden mich hoffentlich in Zukunft gegen ähnliche aus flüchtiger Lectüre ſtammende Mißverſtändniſſe ſchützen.

529) Man kann darauf anwenden, was Gajus in L. 7 § 7 de A. R. D. (41. 1) vom Dreſchen ſagt: non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.

sich dieser Aufgabe, auch wenn sie möchte, eben darum gar nicht entziehen. Jede Jurisprudenz producirt,[530]) selbst wenn sie sich dessen nicht bewußt ist oder wohl gar in der Theorie sich das Recht dazu abspricht, wie dies ja noch heutzutage von Manchen geschieht. Es war ein ganz richtiges Gefühl, das einen Juristen des vorigen Jahrhunderts, den Germanisten Runde, bestimmte, die Natur der Sache als Rechtsquelle aufzustellen; es gibt kaum einen Ausdruck, welcher die von mir im Bisherigen entwickelte naturhistorische Anschauung sowohl der Sache wie dem Namen nach so treu wiedergäbe.

Wie sehr nun diese juristische Production durch die naturhistorische Auffassungsweise bedingt ist, bedarf schwerlich des Nachweises. Vom Standpunkt der niedern Jurisprudenz ist sie schlechterdings nicht zu begründen, vom Standpunkt der höhern aus hingegen ergibt sie sich als nothwendige Consequenz. Haben wir einmal die Vorstellung der Rechtskörper adoptirt, die Idee des individuellen Seins und Lebens auf den gegebenen positiven Stoff angewandt, so müssen wir dieser Idee auch da treu bleiben, wo der positive Stoff uns im Stich läßt, d. h. das Fehlende in irgend einer Weise ergänzen. Das Material aber zu dieser Ergänzung gewährt uns theils der einzelne Körper selbst, seine Natur und innere Dialektik, theils die allgemeine Theorie der juristischen Körper.

---

So öffnet sich denn der Wissenschaft im System ein unabsehbares Gebiet der Thätigkeit, ein unerschöpfliches Feld des Forschens und Entdeckens und eine Quelle des reichsten intellektuellen Genusses. Nicht die engen Schranken des positiven Gesetzes bezeichnen ihr hier die Gränzmarken ihres Reichs, nicht die unmit-

---

530) Darum bezeichneten die späteren römischen Juristen ihre Vorgänger aus der Zeit der Republik ganz zutreffend als veteres, qui tunc jura condiderunt.

telbar praktischen Fragen die Pfade, die sie zu wandeln hat. Frei und ungehindert, wie in der Philosophie, kann der Gedanke hier schweifen und forschen und dennoch sicher gegen die Gefahr sich zu verlieren. Denn die praktische Natur der Welt, in die er sich versetzt findet, lenkt ihn immer wieder zu den realen Dingen zurück. Aber daß er, indem er zurückkehrt, sich gestehen darf, nicht einem bloß subjectiven Erkenntnißdrange genügt zu haben, daß er nicht die bloße Erinnerung an einen hohen geistigen Genuß, sondern etwas für die Welt und Menschheit Werthvolles mit zurückbringt, daß die Gedanken, die er gefunden, keine bloßen Gedanken bleiben, sondern praktische Potenzen werden — eben das gibt all unserm Philosophiren und Construiren in der Dogmatik erst seinen wahren Werth, und die römischen Juristen hatten nicht Unrecht, wenn sie von ihrer Wissenschaft rühmten: veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam affectantes (L. 1 § 1 de J. et J. 1. 1).

Bringen wir diese Auffassung der Jurisprudenz, diese Anschauung des Rechts mit, dann glaube ich wird es uns nicht Wunder nehmen, daß diese Wissenschaft mehr als ein halbes Jahrtausend in Rom die äußerste Anziehungskraft ausüben und den Rang der ersten Wissenschaft einnehmen konnte. Sie gewährte dem römischen Geist, so zu sagen, die Arena einer dialektischen Gymnastik. Sie erklärt uns zugleich, daß und warum die Römer keine Philosophie hatten, denn alles, was an philosophischem Trieb und Talent in ihnen war, hat in ihr seine Befriedigung und seinen Auslaß gefunden. Und so wird es sich rechtfertigen, wenn wir, indem wir uns ihr jetzt zuwenden, sie von vornherein charakterisiren als: das durch die praktische Richtung des Römervolkes bestimmte geistige Gebiet, auf dem das, was an philosophischem Sinn und Trieb in ihm war, zum Vorschein und zur Entfaltung gelangte, oder kurz weg als die nationalrömische Philosophie, die Philosophie des praktischen Zwecks.

## B. Die Technik des älteren Rechts.

### Die Jurisprudenz.

**Die Pontifices — die Geheimhaltung des Rechts — das jus civile im engeren Sinn — der pontificische Styl — das Ende der pontificischen Herrschaft.**

XLII. Nach einer langen Abschweifung gelangen wir nunmehr auf historischen Grund und Boden zurück. Allein bevor ich ihn betrete, muß ich mir noch eine Bemerkung über das Verhältniß des vorhergehenden Abschnitts zu dem gegenwärtigen erlauben, nicht bloß zu meiner eignen Rechtfertigung, sondern auch im Interesse des Lesers. Meine Darstellung der Theorie der Technik nämlich ist nicht bloß darauf berechnet, das Verständniß des ältern, sondern auch das des spätern Rechts vorzubereiten. An irgend einer Stelle mußte ich sie einschalten, die gegenwärtige Stelle aber schien mir die passendste zu sein, weil uns hier die Frage von der Technik zum ersten Mal begegnete. Ich habe mich jedoch bei meiner Darstellung nicht durch die Rücksicht auf das ältere Recht beengen lassen, ich konnte nicht ängstlich abwägen, ob alles und jedes, was ich sagte, unmittelbar im älteren Recht seine Anwendung finde; ich hatte nur die Wahl, die Theorie der Technik entweder in ihrem ganzen Zusammenhang oder gar nicht zu behandeln. Dieser Zusammenhang aber brachte es mit sich, daß ich der Technik in ihrer ganzen Ausdehnung bis zu ihrem wissenschaftlichen Höhepunkte folgte.

Indem wir nun an das ältere Recht herantreten, wollen wir uns in unseren Erwartungen möglichst herabstimmen. Daß wir eine Technik finden werden, wissen wir, denn eine Technik hat jedes Recht, auch das ungebildetste, sie ist vor aller Jurisprudenz da (S. 328). Aber ob wir bereits eine Jurisprudenz antreffen werden, davon wissen wir noch nichts, dieß muß vielmehr erst Sache der historischen Untersuchung sein. Ich halte es für nöthig, diese Frage gleich hier beim Eintritt in das ältere

Recht zu beantworten, wäre es auch nur, um mir dadurch das Recht zu verschaffen, im Verlauf der Darstellung von Juristen der alten Zeit zu sprechen, aber ich fasse sie hier ganz äußerlich, ich frage nämlich nur: kannte das ältere Recht bereits den äußern Gegensatz zwischen Juristen und Laien, gab es eine eigene Classe von Leuten, deren Beruf in der Kenntniß und Anwendung des Rechts bestand? Ob ihnen der Name von „Juristen im eigentlichen Sinn" abzusprechen sei,[531]) ob ihr Können und Wissen den Namen eines juristischen verdiene, ist eine Frage, die sich erst beantworten läßt, wenn wir mit ihren Leistungen vertraut geworden sind, also erst am Schluß dieses ganzen Abschnittes. Übrigens ist jenes äußerliche Moment, nach dem ich die Frage hier beantworte, bei weitem nicht so äußerlich, wie es scheint. Diese äußere Absperrung der Jurisprudenz ist der erste Ansatz zur inneren Entwickelung derselben als Wissenschaft; damit der Kern sich entwickele, bedarf er der Schale, und wenn die Schale sich bildet, so ist das ein Zeichen, daß der Kern selber bereits angesetzt hat.

---

Wer den Gegensatz zwischen Juristen und Laien als etwas Unnatürliches betrachtet, für den hat die Unnatur in Rom früh begonnen, denn er ist eine der ersten rechtshistorischen Thatsachen, von denen die Tradition zu berichten weiß. Der letzteren zufolge soll sich diese Gegensätzlichkeit zwischen Juristen und Laien sogar soweit erstreckt haben, daß erstere, um sich dem Volk unentbehrlich zu machen, eine förmliche Geheimnißkrämerei mit dem Recht getrieben hätten.[532]) Die historische Kritik hat diese Mittheilung als eine handgreifliche Erdichtung einfach zur Seite schie-

---

531) Wie Puchta Cursus der Instit. Bd. 1 § 76 es will. Das Wissen der älteren Juristen hätte sich, meint er, von dem eines jeden Anderen nicht qualitativ, sondern bloß quantitativ unterschieden, Juristen im eigentlichen Sinne könne man sie nicht nennen.

532) L. 2 § 35 de orig. jur. (1. 2). Liv. IX, 46. Cicero pro Murena c. 11. Val. Max. II, 5 § 2.

ben wollen;[533]) richtiger wäre es gewesen zu fragen, wie sich, wenn an der Sache gar nichts Wahres gewesen, eine solche Fabel habe bilden können? Man hüte sich doch, die Übertreibung erst hineinzutragen. Daß das Volk sich in völliger Unkunde des Rechts befunden habe, ist allerdings unglaublich, allein das ist auch nicht der Sinn jener Erzählung. Sondern der Sinn ist der: daß das Recht durch die Jurisprudenz dem Volk entfremdet worden war, daß sich neben dem Volksrecht ein Juristenrecht gebildet hatte, und diese Thatsache ist so wenig auffällig, daß sie im Gegentheil die unausbleibliche Folge ist, welche sich überall an das Auftreten und Wirken der Jurisprudenz knüpft. Die Sage hat diese Thatsache nur in ihrer Weise ausgeschmückt, indem sie, wie sie es so gern thut, als Werk der Absicht hinstellte, was ein unbeabsichtigtes und unvermeidliches Resultat der Verhältnisse war.

In jener Sage besitzen wir einen Bericht über einen der wichtigsten Wendepunkte in der Geschichte des römischen Rechts, den Übergang von der naiven Auffassung des Rechts zur Reflexion, d. h. zur Jurisprudenz, und zwar besteht das Interessante und Beachtenswerthe dieses Berichts in zweierlei. Zuerst theilt er uns mit die Zeit, wann dieser Wendepunkt eingetreten ist, nämlich bald nach den XII Tafeln, und sodann — zwar nicht mit dürren Worten, aber für Jeden, der Sagen zu lesen versteht, nicht minder deutlich — wie tief der Riß, der damit erfolgte, vom Volk empfunden sein muß, welchen bleibenden Eindruck dieser Umschwung in der Erinnerung des Volks zurückgelassen hatte. Und in der That war der Riß ein schroffer — um dies behaupten zu können, reichen unsere Nachrichten vollkommen aus — und zwar beruhte diese Schroffheit wesentlich mit auf der eigenthümlichen Form, welche die Jurisprudenz während der ersten Jahrhunderte ihres Bestehens an sich trug.

Die Kenntniß der Gesetze, die Kunst der Interpretation und die Legis Actionen, berichtet uns Pomponius,[534]) waren in der

533) Puchta Cursus der Institt. Bd. 1 § 77.

534) L. 2 § 6 de orig. jur. (1. 2).

Zeit nach den XII Tafeln in den Händen der Pontifices, und jährlich ward ein Mitglied aus dem Collegium zur Handhabung der Rechtspflege (qui praeesset privatis) committirt. Wir haben an früherer Stelle (I S. 295—301) den Versuch gemacht zu erklären, wie sich ein so eigenthümlicher Zustand bilden konnte, und sind dort zu dem Resultate gekommen, daß es einen eigenen geistlichen Gerichtshof und einen eigenthümlichen Prozeß vor demselben (legis actio sacramento) gegeben habe. Diesen Gerichtshof dürfen wir nun für jene Zeit als den Sitz der eigentlichen Justiz und Jurisprudenz bezeichnen, und wir brauchen bloß den Umstand, daß es eine ständige und geistliche Behörde war, in Anschlag zu bringen, um die Nachrichten über den Charakter und die Stellung der ältesten Jurisprudenz begreiflich zu finden. Wären die Pontifices selbst von jener Tendenz nach einem esoterischen Wissen, die alle Priesterschaften des Alterthums beseelte,[535]) völlig frei gewesen — und in dieser Allgemeinheit wäre die Behauptung mehr als gewagt, denn in der römischen Religion tritt der Zug nach dem Geheimnißvollen deutlich hervor — bei einer Genossenschaft, deren verfassungsmäßiger Beruf das Wissen und die Gelehrsamkeit war, deren Stellung nicht bloß eine höhere Einsicht, sondern auch die Verpflichtung, den Glauben daran im Volke zu erhalten, mit sich brachte, die aus lebenslänglichen sich selbst ergänzenden Mitgliedern patricischen Standes bestand, bei einer solchen Genossenschaft mußte das Recht mit Nothwendigkeit einer gewissen gelehrten Abgeschlossenheit verfallen und die erforderliche Kenntniß desselben sich mehr und mehr auf das Collegium zurückziehen. Man hat dies „im Angesicht der Volkssitte, in der das Recht lebte und webte, der geschriebenen Gesetze, die öffentlich ausgestellt waren, endlich der allervollkommensten Öffentlichkeit der Gerichte"

535) K. S. Zachariä betrachtete dies sogar als einen Zug jeder Priesterherrschaft überhaupt. „Die geistlichen Herrschaften halten die Gesetze, nach welchen sie geboten, fast immer vor dem Volke geheim. So verboten die Päbste das Lesen der heiligen Schriften." Vierzig Bücher vom Staate Bd. 3 S. 22 (Aufl. 2).

(Puchta) für unmöglich gehalten und die Differenz zwischen den Juristen und Laien der damaligen Zeit nicht in eine Verschiedenheit ihres Wissens, sondern des Könnens setzen wollen; die Überlegenheit der ersteren habe sich lediglich auf die Anwendung des Rechts bezogen. Allein dieser Behauptung stehen nicht bloß alle äußern Zeugnisse, sondern auch die innere Wahrscheinlichkeit entgegen. Waren auch die Gesetze Jedermann vor Augen, so war doch die Interpretation Sache der Pontifices;[536]) bot auch die Öffentlichkeit der Gerichtssitzungen Gelegenheit, den Gang des Verfahrens und das rein Äußerliche der Klagformulare kennen zu lernen, so war doch schon die Kenntniß, wo und wie die verschiedenen Formeln anzuwenden, welcher Sinn mit ihnen zu verbinden, etwas mehr Theoretisches, durch das bloße Zusehen nicht so leicht zu Erlernendes.[537]) Der entscheidende Umstand jedoch ist der, daß es außer der Volkssitte und den Gesetzen noch eine dritte Rechtsquelle, das Recht der Wissenschaft oder das jus civile im engern Sinn[538]) gab, zu der nur der Pontifex völlig freien Zutritt hatte.

Als nothwendiger Inhalt dieser pontificischen Rechtsdisciplin stellt sich uns zunächst dar die Kenntniß der bisherigen Praxis. Daß jener Boden zur Bildung einer constanten

536) L. 2 § 6 de orig. jur. (1. 2).

537) Bemerkt doch noch Cicero ad Fratr. II, 15 § 3, daß in tanta multitudine eorum qui una essent, nullum fuisse, qui vadimonium concipere posset.

538) Siehe die Darstellung bei Pomponius L. 2 § 5, 6 cit., in der das jus civile oder das alte Juristen-Recht sich unmittelbar an die XII Tafeln anschließt. Wie wenig man übrigens nöthig hat in die Zeiten der ältesten römischen Jurisprudenz zurückzugehen, um den Klagen über die Geheimnißkrämerei der Juristen zu begegnen, zeigt die preußische Kabinetsordre vom 14. April 1780 über die Codification der Provinzialrechte und des gemeinen Rechts § 5 . . „so werden freilich viele Rechtsgelehrte bei der Simplification dieser Sache ihr geheimnißvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht und das ganze Corps der bisherigen Advokaten unnütze werden." Heydemann, Einleitung in das System des preuß. Civilrechts I S. 19.

Praxis ein höchſt geeigneter war, wird eben ſo wenig der Bemerkung bedürfen, als daß die Fortpflanzung derſelben durch ſchriftliche und mündliche Tradition ſich der Natur der Sache nach nur auf die Mitglieder des Collegs beſchränkte. Im Volke konnte und mußte die Erinnerung wichtiger Rechtsfälle und Entſcheidungen ſich leicht verflüchtigen; bei jenem Colleg ward ſie fixirt und pflanzte ſich von einer Generation zur anderen fort.[539] Den zweiten Beſtandtheil dieſer Disciplin bildete die eigentliche Lehre, die von den Pontifices ſelbſt entworfene Theorie des Rechts. Eine unabweisbare Aufforderung zur Ausarbeitung einer eigenen, ſelbſtändigen Theorie des Rechts lag in der religiöſen Beziehung desſelben. Soweit dieſe Beziehung reichte — und, wie wir Bd. 1 S. 294 geſehen, reichte ſie im älteren Recht ſehr weit — fand die geſetzgebende Gewalt des Volks keinen Raum; hier waren nur die Pontifices competent, das fas dürfen wir ausſchließlich als ihr Werk betrachten. Allein ihre geſtaltende und rechtsbildende Thätigkeit erſtreckte ſich eben ſowohl auf das jus. Ganz abgeſehen davon, daß ihnen gleichmäßig die Anwendung des jus wie des fas anvertraut war, und ein gewiſſer rechtsbildender Einfluß von jeder Anwendung des Rechts untrennbar iſt, ſo ließ ſich, ſelbſt wenn ſie aus irgend welchem Grunde ihre Doctrinen auf das fas hätten beſchränken wollen, doch eine ſtrenge Gränzlinie zwiſchen beiden Gebieten des Rechts in manchen Verhältniſſen gar nicht ziehen. Wie Vieles war beiden völlig gemeinſam (man denke z. B. an die Lehre von der Zeit) und wie oft erforderte die Durchführung irgend eines Zwecks oder Geſichtspunkts des fas die Unterordnung des jus, d. h. eine entſprechende Geſtaltung der profanen Seite des Inſtituts (man denke z. B. an das, was Gajus II, 55 über das urſprüngliche Motiv der usu-

539) Wie feſt und treu die römiſche juriſtiſche Tradition war, dafür gibt die Notiz bei Pomponius L. 2 § 38 de orig. jur. (1. 2) über den erſten plebejiſchen Pontifex Maximus, Tib. Coruncanius, daß man von demſelben zwar keine Schriften, aber eine Reihe wichtiger Reſponſen kenne, einen eclatanten Beleg. Beide Juriſten trennte ein Zeitraum von vier Jahrhunderten!

capio pro herede berichtet). Und sodann: wenn einmal die Pontifices, wie wir nachher sehen werden, im Besitze einer gewissen Methode und gewisser allgemeiner Anschauungen waren, durch welche sie sich bei der Gestaltung des fas bestimmen ließen: wie kann man annehmen, daß sie dieselbe beim jus hätten verläugnen, oder, wenn nicht, daß letztere sich für das jus minder fruchtbar hätten erweisen sollen als für das fas? Aber ganz abgesehen von dieser Einwirkung des fas auf das jus, wie kann man überhaupt nur daran zweifeln, daß eine so fest gegliederte, abgeschlossene, mit einem solchen Nimbus umgebene und mit einer solchen Macht ausgestattete Jurisprudenz, wie diese, nicht mindestens denselben, ich meine nicht den bloß formell-gestaltenden, sondern den materiell-productiven Einfluß auf das Recht sollte gewonnen haben, den die Jurisprudenz bei einer ungleich ungünstigeren Stellung erfahrungsmäßig überall auszuüben pflegt? Schwerlich würde sich der große Gegner, den wir hier bekämpfen, dieser Einsicht verschlossen haben, wenn er nicht aus reinem Vorurtheil, oder, indem er die Form mit der Sache verwechselte, den Pontifices den Namen von Juristen „im eigentlichen Sinn" von vornherein abgesprochen hätte. Allein wenn man nur nicht den Maßstab der heutigen Jurisprudenz mitbringt, so rechtfertigt sich eine solche geringschätzige Behandlung derselben keineswegs. Sie waren Juristen im ächten, wahren Sinn und in dem Maße würdige Vorgänger der späteren römischen Juristen, daß letztere meines Erachtens nur dadurch, daß sie sich auf ihre Schultern stellen konnten, groß geworden sind. Sie hatten ihre Methode, und zwar eine sehr strenge und consequente, sie besaßen ihre allgemeinen juristischen Anschauungen und Axiome, die sie zu einzelnen Rechtssätzen verwertheten, und ihr Einfluß auf die ganze Gestaltung des Rechts war meiner festen Überzeugung nach ein so bedeutender, wie sich die spätere römische Jurisprudenz, die ihn mit dem Prätor und Kaiser theilen mußte, desselben nicht rühmen konnte.

Doch ich anticipire bereits ein Urtheil, das erst, nachdem wir die Technik des älteren Rechts vollständig haben kennen lernen,

seine Begründung wird finden können. An der gegenwärtigen Stelle handelt es sich nur darum, ob die Pontifices bereits eine eigene, dem Volk fremde Rechtsdisciplin, kurz eine Jurisprudenz hatten, und diese Fragen glaube ich mit aller Gewißheit beantworten zu können.

Die directen Nachrichten über die Leistungen der Pontifices auf dem Gebiet des Civilrechts sind spärlich, denn sie beschränken sich darauf, uns die Legisactionen als ihr Werk zu nennen.[540]) Freilich darf man die Bedeutung dieser Legisactionen nicht unterschätzen, denn sie enthielten nicht bloß die Form des Rechts, sondern zum großen Theil das Recht selbst. Allein für unseren Zweck gewähren sie uns doch kaum eine Ausbeute. Eine um so ergiebigere Quelle aber zur Beantwortung unserer Fragen erschließt sich uns in der alten Religion und dem fas. Auf diesen letzten beiden Gebieten waren die Pontifices unbestrittenermaßen autonom; was sich hier findet, stammt jedenfalls von ihnen. Treffen wir nun auf dem Gebiete des Civilrechts dieselben Grundsätze, dieselbe Methode, kurz denselben Styl wieder, wie auf diesen beiden Gebieten, und zwar einen künstlichen, gelehrten Styl, wie er nur dem Techniker eigen, der Periode der reinen Volksthümlichkeit aber völlig fremd ist — in dem Fall werden wir, da wir einmal für zwei jener Gebiete den Styl mit aller Gewißheit als den pontificischen bezeichnen dürfen, zu der Behauptung berechtigt sein, daß alles, was innerhalb des Civilrechts in demselben Styl gearbeitet ist, im Wesentlichen von den Pontifices stammt. Um jedem Einwande gegen die Beweiskraft dieses Schlusses vorzu-

---

540) Die legis actiones werden von späteren Schriftstellern auf die Bücher der Pontifices zurückgeführt, so von Cicero de orat. I, 43 (Leist, Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme. S. 15) und Valerius Probus de notis antiquis. Der letztere Schriftsteller identificirt geradezu die monumenta pontificum (§ 1) mit den legis actiones (§ 4). S. darüber Th. Mommsen in seiner Ausgabe dieses Schriftstellers in den Berichten der Sächs. Gesellschaft der Wiss., philol.-histor. Classe 1853, S. 131 (besonderer Abdruck, Leipzig bei Hirzel).

beugen, bemerke ich, daß die Annahme: es sei dieser Styl schon vor den Pontifices im Rechte heimisch gewesen und von ihnen für die Religion und das fas adoptirt, in dem Maße gegen alle geschichtlichen Gesetze verstoßen würde, daß sie einer ernstlichen Widerlegung nicht bedarf. Gibt man aber den pontificischen Ursprung desselben zu, so wird eine andere denkbare Annahme, nämlich daß die Anwendung desselben auf das Civilrecht nicht von den Pontifices, sondern erst von den spätern Juristen herrühre, eben so wenig auf Beifall rechnen dürfen, womit sich übrigens wohl verträgt, daß die spätern Juristen noch lange in derselben Weise fortgearbeitet haben, wie ihre Vorgänger, und daß also nicht alles und jedes, was im Geist der letzteren gearbeitet ist, ihnen unmittelbar zuzuweisen ist. Nicht darauf kommt es an, ob sie den Bau selbst bis ins Kleinste ausgeführt, jeden einzelnen Stein selbst eingefügt, sondern darauf, ob sie den Plan gemacht, den Styl bestimmt und wenigstens die Fundamente selbst gelegt haben. Und davon, hoffe ich, soll der Leser sich im Folgenden überzeugen.

Wir vergleichen zu dem Zweck das ältere Recht mit der Religion, zunächst rücksichtlich der Methode ihrer Bearbeitung. Die Methode ist bei beiden genau dieselbe, die charakteristischen Momente der ältern Technik, die uns die spätere Darstellung vorführen wird, kehren sämmtlich bei der Religion wieder. Zunächst der Formalismus. Dieselbe Bestimmtheit,[541]) dieselbe scrupulöse Genauigkeit in der Fassung der Formeln,[542]) dieselbe Strenge in der Handhabung derselben, wie im ältern Recht; das geringste Versehen im Aussprechen der Formel begründete hier nicht minder wie im Legisactionenprozeß Nichtigkeit.[543]) Auf diese Überein-

541) Verba certa, solennia, legitima. S. die Belegstellen bei Brissonius de voc. ac. formul. lib. I, c. 181, 191 und anderwärts z. B. Festus sub fanum: .. certa verba. Cicero pro domo c. 47 .. solennibus verbis.

542) z. B. die Formel sive deus sive dea es und seu quo alio nomine appellari volueris. Brissonius a. a. O. c. 89.

543) Ambrosch, die Religionsbücher der Römer S. 29, 30. Daher das Vorsprechen der von einem weltlichen Beamten anzuwendenden Formel

ſtimmung will ich aber kein ſo hohes Gewicht legen, denn der Zug und Hang zum Formalismus ſteckte tief im römiſchen Volk ſelbſt und bethätigte ſich auch da, wo den Pontifices eine Mitwirkung oder ein unmittelbarer Einfluß überhaupt nicht zuſtand, z. B. im öffentlichen Recht. Erhielt ſich doch noch bis in die Periode der Aufklärung hinein der Glaube an die myſtiſche Kraft gewiſſer Sprüche und Worte.[544])

Eine zweite Parallele zwiſchen Recht und Religion bieten uns die Umwege, Scheingeſchäfte,[545]) kurz jene ganze Operationsmethode in Fällen, wo man auf directem Wege, ohne mit den bisherigen Grundſätzen in Widerſpruch zu gerathen, den gewünſchten Zweck nicht erreichen konnte. Auch dieſer Erſcheinung aber könnte man zur Noth noch in ähnlicher Weiſe wie der vorhergehenden die Beweiskraft abſprechen. Dagegen halte ich dies für völlig unmöglich rückſichtlich eines dritten Punktes, nämlich der auf beiden Gebieten bis zur äußerſten Conſequenz in Anwendung gebrachten Methode der dialektiſchen Zerſetzung. Wir werden bei der Technik ſehen, daß gerade dieſe Methode und die Schärfe und Strenge, mit der ſie durchgeführt ward, den entſcheidenden Charakterzug des ältern Rechts bildet. Dieſer charakteriſtiſche Zug der juriſtiſchen Technik nun findet ſich in der Religion in einer Weiſe wieder, die jeden Gedanken an eine Zurückführung desſelben auf das Volk abſolut unmöglich macht, und die nur in der ſcholaſtiſchen Literatur und in den Schriften der Talmudiſten und Je-

(z. B. beim öffentlichen votum, bei der devotio, dedicatio u. ſ. w.) durch den Pontif. Maximus (Brissonius c. 181, c. 192 und anderwärts), die Zuziehung eines custos (Plinius Hist. nat. XXVIII, 3).

544) Die claſſiſche Stelle darüber iſt Plinius Hist. nat. XXVIII, 3—5.

545) So z. B. die Erſetzung der Menſchenopfer durch geflochtene Binſenmänner. Hartung, römiſche Religion Bd. 2 S. 103 fl. Es galt ja, wie Serv. Aen. II, 116 ſagt, als Grundſatz, daß bei den Opfern der Schein für die Wirklichkeit genommen werde, und daß man daher, wenn man ſich die nöthigen Thiere nicht verſchaffen könne, ſie von Wachs oder Brod nachformen könne. Hartung Bd. 1 S. 160. Wir haben dieſen Punkt bereits Bd. 1 S. 351 berührt.

ſuiten, alſo ebenfalls theologiſch-juriſtiſcher Schriftgelehrter, ihr Seitenſtück findet. In der Weiſe ſpaltet nicht der Glaube und eben ſo wenig das naive Rechtsgefühl des Volks. Die römiſchen Götter ſowohl wie die römiſchen Begriffe ſind zum großen Theil Producte des gelehrten Laboratoriums. Die ganze römiſche Götterlehre iſt nichts als ein Muſterſtück oder richtiger eine Verirrung der zerſetzenden Kraft, ſie enthält keine Individuen von Fleiſch und Blut, wie die griechiſchen Götter es waren, ſondern ein Syſtem von abſtracten Unterſcheidungen. Alle Ereigniſſe und Erſcheinungen der Natur, alle Kräfte, Eigenſchaften, Tugenden, Fehler der Menſchen, ihre Zwecke, ihre Arbeit und ſelbſt die trivialſten Verrichtungen ſind bis ins Kleinſte hinein zergliedert, aus jedem Begriffsatom iſt ein Gott geſchaffen.[546]) Ein Pontifex, der einen ſpitzfindigen Unterſchied entdeckte, hatte einem neuen Gotte das Leben gegeben!

So widerwärtig und unnatürlich eine derartige Behandlungsweiſe am religiöſen Stoff war, ſo vollkommen entſprechend war ſie dem rechtlichen, und wenn man den Pontifices einerſeits die abſtracten Götter mit Recht zum Vorwurf machen darf, ſo muß man andererſeits, um das Gleichgewicht herzuſtellen, gegen die Götter die Rechtsbegriffe in die Wagſchale werfen.

Gehen wir von der Methode zum Einzelnen über, ſo findet ſich auch hier wiederum eine reiche Ausbeute. Zunächſt die intereſſante Thatſache,[547]) daß die oberſte Eintheilung den Göttern und dem Recht gemeinſchaftlich war. Jener für die Syſtematik des römiſchen Rechts ſo wichtig gewordene Gegenſatz von res und

546) S. Ambroſch in dem oben angeführten Werk, dem ich auch die im Texte folgende Notiz über die Claſſification der Götter nach der Kategorie von res und persona entnommen habe.

547) Dadurch rechtfertigt ſich alſo wenigſtens zum Theil die Vermuthung von Hugo (Civil. Magaz. Bd. 6. S. 284), die Eintheilung in res, personae und actiones ſei urſprünglich nicht für das Recht erfunden, ſondern nur auf dasſelbe übertragen; die Bedenken, die dagegen von Anderen (z. B. von Savigny, Syſtem Bd. 1 S. 396) ausgeſprochen ſind, erledigen ſich durch die obige Darſtellung.

persona, nach dem von Gajus' Zeit an das materielle römiſche Recht anderthalb Jahrtauſend vorgetragen iſt, war urſprünglich ein Geſichtspunkt zur Claſſification der Götter, — die actiones in rem und in personam fanden ihr Vorbild unter den Göttern, auch letztere gingen, mit juriſtiſchem Ausdruck geſprochen, entweder in rem oder in personam, je nachdem das Verhältniß, der Gegenſtand, den man ihnen zum Sitz beſtimmt hatte, eine Sache oder eine Perſon betraf.

Es iſt oben aus inneren Gründen angenommen, daß die Pontifices ſich im geiſtlichen Recht durch dieſelben Anſchauungen und Tendenzen haben leiten laſſen, wie im weltlichen; dazu jetzt einige Belege. Ein Grundzug des älteren Civilrechts war die Abneigung gegen alles Ungewiſſe und Unbeſtimmte, die Richtung auf das certum. Man vergleiche damit die Controverſe der Pontifices bei Livius XXXI, 9. Nach früherem Recht waren die öffentlichen Spiele nur von beſtimmtem, real dafür ausgeworfenem Gelde (pecunia certa) gelobt,[548] und als im Jahre der Stadt 552 ein Conſul im öffentlichen Auftrage Spiele und ein Geſchenk ſchlechthin gelobte, erklärte der Pontifex Maximus dies für ungültig, indem er es beſtritt: ex incerta pecunia vovere debere; si ea pecunia non posset in bellum usui esse, reponi statim debere nec cum alia pecunia misceri, quod nisi factum esset, votum rite solvi non posse, während das Collegium ſich für die freiere Anſicht entſchied, die auch im Civilrecht ſpäterhin in manchen Anwendungen ſich Eingang verſchaffte.

Ein anderer Grundzug des älteren Rechts war die zerſetzende Methode (B. 4 § 49—55). Kein Rechtsgeſchäft kann zwei verſchiedene Rechtsverhältniſſe, keine Klage zwei verſchiedene Anſprüche umfaſſen. Eben ſo wenig kann ein Tempel zwei verſchiedene Götter aufnehmen.[549]

548) Toties ante ludi magni de pecunia certa voti erant, ii primi de incerta.

549) Liv. XXVII, 25: . . cum aedem Honori et Virtuti vovisset,

Ein wahrer Knotenpunkt juriſtiſcher Grundſätze und gewiß der Ausgangspunkt mancher Lehren, die wir heutzutage nur noch als civiliſtiſche kennen, war das Votum. Um der Terminologie: voti reus, damnatus, vota solvere, reddere, vota rata, irrita, caduca, titulus u. ſ. w. und des bereits angeführten Grundſatzes über certa pecunia zu geſchweigen, ſo war das Votum dasjenige Verhältniß des geiſtlichen Rechts, bei dem von jeher Bedingungen vorkamen[550]) und bei dem die Veranlaſſung zur Ausbildung einer Theorie der Bedingungen unerläßlich war.[551]) Ebenſo war die ſchriftliche Aufzeichnung und die auf die »tabulae« Bezug nehmende nuncupatio, welche die ſpätere Form der Teſtamente bildete, bei dem Votum etwas ganz Gewöhnliches.

Auch die rückwirkende Kraft war dem geiſtlichen Recht bekannt und zwar bei einem Verhältniß, bei dem die Annahme, daß ſie hier von Alters her ſtattgefunden, ſchwerlich auf Widerſpruch ſtoßen dürfte.[552]) Und wer wird nicht gleich an die exheredatio nominatim facta und inter ceteros erinnert, wenn er hört, daß derſelbe Gegenſatz auch bei Anrufung der Götter ſtattfand, und daß hier der Ausdruck ceteri ſogar ein techniſcher

---

dedicatio ejus a pontificibus impediebatur, quod negabant unam cellam duobus recte dedicari, quia si de coelo tacta aut prodigii in ea aliquid factum esset, difficilis procuratio foret, quod, utri Deo res divina fieret, sciri non posset; neque enim duobus nisi certis Deis rite una hostia fieri.

550) Es gab unbedingte und bedingte Vota. Man vergleiche rückſichtlich der letzteren die Menge von Beiſpielen, die Brissonius a. a. O. c. 159 bis 162 zuſammengeſtellt hat, z. B. si bellatum prospere esset, si rediero u. ſ. w.

551) Ein Verhältniß des weltlichen Rechts, bei dem dasſelbe ebenfalls von Alters her der Fall war, ſ. oben S. 159 Note 235.

552) Es iſt genannt in l. 28 § 4 de stip. serv. (45. 3): . . heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur. Die Idee der rückwirkenden Kraft der Antretung der Erbſchaft für das Civilrecht wird in dieſer Stelle geradezu auf dies Argument geſtützt, und es kann kaum zweifelhaft ſein, daß das geiſtliche Recht dieſe Idee hier früher hatte und haben mußte als das Civilrecht.

war?[553]) Selbſt die Idee, daß die Erbeutung die normale Quelle des Eigenthums ſei (Bd. 1 S. 108 fl.), fand in dem »capere« der Veſtaliſchen Jungfrau ihren religiöſen Ausdruck,[554]) und das jus liberorum und den Begriff der »excusatio« kannte das geiſtliche Recht jedenfalls längſt vor dem Civilrecht;[555]) dasſelbe iſt von dem Begriff der Caducität zu behaupten.[555a]) Selbſt die operae servorum führen auf die Wurzel des geiſtlichen Rechts zurück,[555b]) die condictio der gleichnamigen legis actio war ein Begriff der Auguralbisciplin.[555c])

Nach allen dieſen Belegen wird ſich die Behauptung rechtfertigen, daß die Pontifices eine eigene Theorie und Methode, kurz eine Jurisprudenz beſaßen. Iſt nun ſchon die Jurisprudenz der großen Maſſe überall etwas Unverſtändliches, ſo erklärt es ſich aus der eigenthümlichen zunftmäßigen Abgeſchloſſenheit, in der ſie in Rom auftritt, ſehr wohl, wie ſie hier geradezu den Eindruck einer Geheimlehre machen konnte.

So tief das römiſche Volk dieſe Abſperrung und die damit verbundene Entfremdung des Rechts empfinden mochte, ſo war dieſelbe doch für die techniſche Entwicklung des Rechts ſelbſt von

553) Brissonius a. a. O. c. 88. Liv. VI, 16: .. Jupiter .. ceterique dii deaeque, und die dort abgedruckte Stelle von Servius: .. more Pontificum, per quos ritu veteri in omnibus sacris post speciales Deos, quos ad ipsum sacrum quod fiebat necesse erat invocari; generaliter omnia numina invocabantur.

554) Gellius I, 12 § 13: veluti bello capta. Damit vergleiche man Gaj. IV, 16.

555) Gell. a. a. O.: excusandam (filiam, nämlich gegenüber dem capere zur virgo vest.) ejus, qui liberos tres haberet.

555a) Fest.: Caduca auspicia, cum aliquid in templo excidit velut virga e manu.

555b) Serv. ad Aen. XI, 558. In sacris legitur posse etiam operas consecrari ex servis, usque dum solvatur caput hominis. Dasſelbe Verhältniß wird hier (und 591 ibid.) auch in Anwendung auf die Tochter erwähnt: famulam voveo.

555c) Serv. ibid. III, 117. Eine andere Parallele derſelben mit dem Recht bietet das Erforderniß der Einheit des Tages bei den Auſpicien (Gell. III, 2, 10) und bei dem Teſtament (l. 21 pr. Cod. de test. 6. 23).

heilsamem Einfluß. Der Atmosphäre der Volksthümlichkeit bis zu einem gewissen Grade entrückt, hatte das Recht sich so zu sagen zurückgezogen an einen abgelegenen Ort, an dem es ungestört seine Schuljahre durchmachen konnte. Die Schule, in die es hier kam, war eine strenge; man merkt dem älteren Recht überall an, daß es nicht wild aufgewachsen ist, wie unser deutsches Recht, sondern daß es schon früh unter die Leitung eines fast pedantisch gestrengen, aber consequenten Zuchtmeisters gerathen ist.[556]) Allein gerade dieser Strenge verdankt das römische Recht im wesentlichen jene Solidität und Festigkeit seines Fundaments, jene Einfachheit und Consequenz seiner ganzen Anlage. Um aber eine solche Zuchtmeisterrolle über das Recht auszuüben, dazu bedurfte die Jurisprudenz jener Autorität und exceptionellen Stellung, wie nur eine geistliche Corporation von der Art des Pontificalcollegiums sie zu behaupten vermochte.

Von dem Übergange der Rechtspflege und Rechtswissenschaft von den Pontifices auf die Prätoren, beziehungsweise nichtzünftige Juristen, weiß die Geschichte uns weiter nichts zu berichten als die Zeit. Nach Pomponius soll die Herrschaft der Pontifices bald nach den XII Tafeln (303) begonnen und beinahe ein Jahrhundert bestanden haben. Man könnte darnach auf die Idee kommen, daß die Einführung der Prätur ihr ein Ende gemacht habe (387). Allein ganz abgesehen davon, daß solch ein plötzlicher und gewaltsamer Umschwung aller sonstigen historischen Entwicklung in Rom widersprechen würde, so beschränkte sich die ursprüngliche Dotation der Prätur auf denjenigen Antheil an der Rechtspflege, den damals die Consuln in Händen hatten, und noch in der Mitte des folgenden Jahrhunderts bei Gelegenheit des Berichts über die bekannte That des Flavius[557]) bezeichnet Livius (IX, 46) das

556) Eine ähnliche Idee scheint auch dem Pomponius vorgeschwebt zu haben, wenn er von den legis actiones in L. 2 § 6 de orig. jur. (1. 2) sagt: quas actiones ne populus prout vellet instituerent, certas solennesque esse voluerunt.

557) L. 2 § 7 de orig. jur. (1. 2).

jus civile als repositum in penetralibus pontificum, und am Anfang des sechsten Jahrhunderts konnte es als eine Merkwürdigkeit gelten, daß der erste Pontifex Maximus aus der Plebs, Tib. Coruncanius, Jeden, der Lust hatte, zu seinem Rechtsunterricht zuließ. Auch jetzt muß das jus civile und jus pontificium noch eine Zeit lang als gleichbedeutend gegolten haben. [558])

Nach allem diesem möchte sich etwa die Mitte des fünften Jahrhunderts als der Wendepunkt bezeichnen lassen. Verstattet man mir über die Art und Weise, wie der Umschwung erfolgte, eine Muthmaßung, so möchte ich denselben in folgender Weise construiren.

Den ersten Anstoß zu einer Änderung des bisherigen Zustandes finde ich in der Einführung der Prätur. Bekam auch der Prätor ursprünglich kaum etwas mehr als den Antheil, den bisher die Consuln an der Rechtspflege ausgeübt hatten, so ist es doch ganz erklärlich, daß die Abzweigung dieses Bestandtheils der consularischen Gewalt zu einer eigenen Magistratur in ähnlicher Weise wie bei der Censur eine bedeutende Steigerung desselben zur Folge haben mußte. Das Wachsen der Prätur aber war nur möglich auf Kosten der Pontifices, und es ist außer Zweifel, daß letztere schließlich ihren Antheil an der Rechtspflege, d. h. nach meiner Hypothese (B. 1 S. 298 fl.) die legis actio sacramento an die Prätoren verloren haben, denn in der Darstellung dieser legis actio bei Gajus ist nur vom Prätor die Rede. Die Veränderung, die bei dem Übergange derselben auf die Prätoren eintrat, war eine doppelte; einmal nämlich die Verweltlichung des sacramentum (dasselbe fiel jetzt ans Ärar statt wie früher an den geistlichen Fond) und sodann der Erlaß der reellen Deposition der Summe gegen Sicherheitsbestellung an den Prätor. Allein bevor eine solche totale Reform des bisherigen Zustandes eintrat, muß dieselbe, wenn sich das Gesetz der historischen Entwicklung

558) S. z. B. Liv. XXX, 1 (a. U. 549): .. juris pontificii peritissimus.

in Rom hier nicht ausnahmsweise völlig soll verläugnet haben, allmählig vorbereitet gewesen sein, es muß ein Übergang Statt gefunden haben. Solche Übergänge pflegten in Rom in der Weise zu erfolgen, daß dem Alten ein Neues an die Seite gesetzt ward. Im vorliegenden Falle glaube ich nun, daß dieser Übergang durch die beiden Gesetze vermittelt ward, welche nach Gajus die legis actio per condictionem einführten, die lex Silia und Calpurnia.[559] Den Pontifices verblieb nach wie vor die legis actio sacramento, allein da die neue Prozeßform einen entschiedenen Vortheil bot, nämlich die Ersparniß des Succumbenzgeldes, so läßt sich annehmen, daß in Fällen, wo sie anwendbar war (bei den actiones in personam auf Geld und andern res certae direct, bei act. in rem durch Einkleidung derselben in eine sponsio praejudicialis, d. h. also in allen Fällen der pontificischen Competenz), sich kaum Jemand mehr an die Pontifices wandte. So ward denn die Gerichtsbarkeit derselben zwar nicht direct, aber indirect durch diese Maßregel beträchtlich geschmälert, sie gerieth nach und nach in Abnahme und Vergessenheit, und die Übertragung der legis actio sacramento auf die Prätoren und Centumvirn ließ sich ohne wesentlichen Eingriff in ihre Rechte bewerkstelligen.

In Folge dieser Umgestaltung des Prozesses, die wir nach den obigen chronologischen Daten in die erste Hälfte des fünften Jahrhunderts setzen dürfen, mußte nothwendigerweise auch das bisherige Verhältniß in Betreff der Rechtskunde eine Änderung erleiden, und es möge mir erlaubt sein, auch hierüber eine Vermuthung zu äußern. Wollte die damalige Zeit nicht mit der ganzen bisherigen Theorie und Praxis brechen — und wer möchte so etwas für denkbar halten? — so mußte sie sich die Kenntniß derselben von den Pontifices zu verschaffen suchen. Das ein-

559) Auf diese Weise würde sich der Zweifel von Gajus IV, § 20 erledigen: quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento (aut per judicis postulationem) agere, valde quaeritur.

fachſte und wirkſamſte Mittel dazu war Eintritt in das Collegium, und ich glaube, daß dies bis auf Coruncanius der alleinige Weg war, den man einſchlagen mußte, um Juriſt zu werden. Das Collegium war, ſo zu ſagen, die Rechtsfacultät, bei welcher der zukünftige Juriſt ſeine Schule durchmachte, die Juriſtenzunft, in die er ſich aufnehmen ließ, ähnlich wie dies noch heutzutage bei den Inns in England der Fall iſt. Wie aber bei letztern urſprünglich nur die filii nobilium Zutritt hatten, ſo bei den Pontifices nur die Patricier, bis im Jahre 452, alſo drei Jahre nach der Veröffentlichung der legis actiones durch Flavius und vielleicht unter dem Einfluß dieſes Ereigniſſes auch die Plebejer mittelſt Creirung von vier neuen Stellen Aufnahme erlangten. [560]) Da die Eigenſchaft als Pontifex die Beförderung zu einem höhern Staatsamt [561]) nicht ausſchloß, ſo ſtand jedem Pontifex die praktiſch-juriſtiſche Laufbahn offen, und ſo ward z. B. gleich einer der vier erſten plebejiſchen Pontifices zum Prätor erwählt.

War nun ſchon der Eintritt der Plebejer und die Verdoppelung der Stellen für die Verbreitung juriſtiſcher Kenntniſſe ſicherlich nicht ohne Bedeutung, ſo ward der letzte Reſt des Zunftzwanges durch die oben berichtete Neuerung des Coruncanius völlig beſeitigt. Von jetzt an war der Bann gebrochen und die Jurisprudenz eine freie Kunſt und Wiſſenſchaft geworden. Bald nach ihm war bereits die Sitte des öffentlichen Reſpondirens in lebendigſter Übung. [562])

Dieſe Veränderung muß ſowohl für die Rechtspflege als die

560) Liv. X, c. 6—9.

561) Selbſt nicht zum Conſulat Liv. XXIII, 21 i. f., rückſichtlich des Pont. Max. ſ. Liv. epit. 59. Eine merkwürdige Stelle über die pontifices iſt die der Scholia Bobiensia in orat. pro Scauro (Orelli II p. 375): Certi pontifices in saliatu manebant et in ceteris quibusdam sacerdotiis . . . ubi haec administrassent, fiebant consules. Der Verfaſſer ſtellt ſich alſo das Pontificalcollegium als eine Pflanzſchule, eine Vorbereitungsanſtalt tüchtiger Kirchen- und Staatsdiener vor.

562) L. 2 § 37 de orig. jur. (1. 2). Pomponius hat hier nur irrigerweiſe den Scipio Naſica vor Coruncanius geſetzt.

Jurisprudenz einen Wendepunkt begründet haben. Für jene — denn an die Stelle eines ständigen Collegiums, welches sich überall schwerer entschließt von der bisherigen Praxis abzugehen, traten jährlich wechselnde Prätoren und mit ihnen wiederum nicht lange nachher an die Stelle der spröden Form des Legisactionenprozesses die ungleich elastischere und freiere des Formularprozesses. Für diese: die Wissenschaft — denn der Stabilismus einer Zunftlehre machte der Freiheit der individuellen Meinung und Forschung, dem regen Wetteifer der Kräfte und Talente Platz. Freilich verging noch lange Zeit, bevor der Umschwung, der hiermit für die Wissenschaft eingeleitet war, sich gänzlich vollzogen hatte, und es würde sehr verkehrt sein zu glauben, daß die Jünger der Pontifices die Lehre und Methode der Meister verläugnet hätten; wir dürfen vielmehr die ganze Jurisprudenz dieser Periode als Eine und zwar als die pontificische Schule bezeichnen. Allein nichts desto weniger war doch die obige Veränderung in der äußern Form dieser Jurisprudenz der erste Ansatz und die unerläßliche Voraussetzung zu einer innern Umwandlung derselben.

Auch in dem Verhältniß der Jurisprudenz zum Volk trat jetzt eine wesentliche Änderung ein. Nicht als ob die Abhängigkeit des Volks von den Juristen dadurch beseitigt, das Recht dem Volk zurückgegeben worden wäre. Die Juristen blieben so unentbehrlich, wie die Handwerker es bleiben nach Aufhebung des Zunftzwanges. Jene Veränderung hob nicht die Jurisprudenz auf, sondern sie öffnete nur den Zutritt zu ihr. Diese Freiheit des Zutritts bedeutete aber nichts weiter als die Möglichkeit, durch Studium Jurist werden zu können, d. h. dem Volk als solchem kam sie unmittelbar gar nicht zu gute. Wohl aber, wie überall die Aufhebung des Zunftzwanges, mittelbar. Ich meine nicht sowohl den bereits angedeuteten inneren Aufschwung der Jurisprudenz, die höhere geistige Freiheit und Beweglichkeit derselben, kurz die gewöhnlichen Folgen, welche die Eröffnung der freien Concurrenz nach sich zieht, sondern die Änderung in dem

Verhältniß zwiſchen Volk und Jurisprudenz. Letzteres wurde ein ungleich innigeres und näheres. Zunächſt ſchon dadurch, daß es ein freieres ward. Die Jurisprudenz verlor mit dem Zunftzwang nichts an ihrer Herrſchaft, aber letztere verlor ihr Gehäſſiges. Bisher mehr oder minder Sache des Monopols, eine Folge der äußeren Stellung, war ſie von jetzt an nur noch das natürliche Reſultat und Zeugniß der geiſtigen Überlegenheit und Unentbehrlichkeit der Wiſſenſchaft. Keine Macht verdiente und fand fortan ſo wenig Widerſtand, Anfechtung und Neid, keine umgekehrt eine ſo bereitwillige Unterordnung und dankbare Anerkennung als ſie. Sodann aber dadurch, daß ſich die Jurisprudenz von jetzt an dem Dienſte des Volkes in einer Weiſe widmen konnte und widmete, wie ſie weder vorher, noch nachher ihres Gleichen kennt. Dieſes Dienſtverhältniß iſt für das ganze Verſtändniß der römiſchen Rechtszuſtände und Rechtsentwicklung von ſo eingreifender Wichtigkeit, daß wir demſelben eine nähere Betrachtung widmen müſſen.

In der geringen Zahl ſowohl wie der Amtsthätigkeit der Pontifices lag es begründet, daß dieſelben nicht in dem Maße, wie ihre Nachfolger, dem juriſtiſchen Bedürfniß des Verkehrs gerecht werden konnten, und vielleicht war auch dies einer von den Gründen, der ihnen den Vorwurf der Geheimnißkrämerei einbrachte, jedenfalls aber ein wenn auch unverſchuldeter, ſo doch höchſt drückender Übelſtand. Ihren Nachfolgern fiel es nicht ſchwer demſelben abzuhelfen. Seitdem die Jurisprudenz eine freie Kunſt geworden, fehlte es *ihr* weder an Jüngern, noch *letzteren* an Muße, um allen Wünſchen des Volks in dieſer Beziehung nachzukommen. Die Jurisprudenz ward und blieb Jahrhunderte lang eine Lieblingsbeſchäftigung der höheren Stände — eine noble Paſſion,[563]) ein Erſatz für eine verſagte oder verſchmähte, ein würdiger Rückzug für eine unterbrochene oder

563) Siehe den Ausſpruch des Q. Mucius in L. 2 § 43 de orig. jur. (1. 2) turpe esse patricio et nobili et causas oranti jus in quo versaretur ignorare.

beendete politische Thätigkeit.[564]) Was man in ihr suchte und an ihr schätzte, war nicht bloß die wissenschaftliche Befriedigung, die das Studium als solches gewährte: Zerstreuung, Unterhaltung, Anregung, kurz der Reiz einer geistigen Gymnastik, sondern die Gelegenheit, sich auch ohne Staatsamt nützlich zu machen, ins Leben einzugreifen, Ansehen und Einfluß zu gewinnen. Ein Sichvertiefen in die Wissenschaft bloß ihrer selbst wegen war dem praktischen Sinn der Römer fremd; die Wissenschaft, die sie locken sollte, mußte nicht bloß dem Subject einen Genuß gewähren, sondern der Welt zu gute kommen. Gerade darauf eben beruhte die hohe Anziehungskraft der Jurisprudenz, daß sie nicht bloß dem wissenschaftlichen Bedürfniß, sondern auch dem Triebe nach praktischer Thätigkeit volle Befriedigung in Aussicht stellte. Sie war gewissermaßen der Abzugskanal für die im Staatsdienst nicht verwendbare, überschüssige praktische Kraft.

So kam die Jurisprudenz schon ihrer selbst wegen dem Leben mit größter Bereitwilligkeit entgegen. Ja mehr als das. Sie trieb ihren Diensteifer so weit, daß man sagen möchte, die Jurisprudenz habe mehr das Leben, als das Leben sie gesucht, und der Drang, die Dienste zu erweisen, auf der einen Seite sei stärker gewesen als der Wunsch sich ihrer zu bedienen auf der andern. Wir können uns den thätigen Antheil, den die Jurisprudenz an dem Geschäftsleben nahm, nicht ausgedehnt genug denken, und wenn Cicero den Juristen den Vorwurf macht, sie hätten das Recht so eingerichtet, daß sie überall mit dabei sein müßten,[565]) so dürfen wir demselben, indem wir ihn im übrigen auf sich beruhen lassen, jedenfalls die Thatsache entnehmen, um die es uns hier zu thun ist, die der Allgegenwart des Juristen.

564) Cic. de orat. I, 60 senectutem a solitudine vindicari juris civilis scientia.

565) pro Murena c. 11: notas composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent, womit er auf die Formeln zielt. Das Beispiel, das er folgen läßt, ist zwar dem Prozeß entlehnt, allein der Vorwurf selbst ein allgemeiner.

Letztere erleidet freilich eine Beschränkung. Gerade da nämlich, wo wir den Juristen nach unseren heutigen Verhältnissen am ersten erwarten würden, vor Gericht als Sachwalter, trat er, wenigstens späterhin, regelmäßig zurück, um den Platz der Partei selbst oder dem eigentlichen Redner zu überlassen.[566] Um dies zu begreifen, muß man die von unserer heutigen völlig abweichende Einrichtung des römischen Prozesses kennen, wonach derselbe in zwei Theile zerfiel, jus und judicium, oder in ein Verfahren vor dem Prätor und vor dem Richter, judex. Dort hatte der Anspruch seine juristische Prüfung zu bestehen, d. h. ob er, das Vorbringen des Klägers als wahr angenommen, juristisch haltbar sei, ob und welche Einwendungen des Beklagten zuzulassen u. s. w., und es erfolgte darauf hin gewissermaßen ein hypothetisches Urtheil, nämlich die Instruction an den Richter zu condemniren oder zu absolviren, wenn sich die von der einen oder andern Partei vorgebrachten Thatsachen bewahrheiten sollten. Das Hauptaugenmerk des Richters war also auf den Beweis gerichtet, und daher erklärt es sich, daß derselbe kein Jurist zu sein brauchte und es regelmäßig auch nicht war, und sodann daß die Lehre vom Beweise, die in unserer heutigen Jurisprudenz eine so große Rolle spielt, in der römischen ungleich weniger hervortritt, da sie mehr Sache des Redners, als des Juristen war.[566a] Allerdings

566) So wenigstens zu Cicero's Zeit. Ob es früher anders gewesen, und aus welcher Zeit die Trennung zwischen Juristen und Redner herrührt, läßt sich nicht bestimmen. Von dem Juristen als solchem wird auch in älterer Zeit immer nur das respondere, nie das causas orare erwähnt, und von ersterem trägt er auch seinen Namen: jure consultus. Von Tubero heißt es in L. 2 § 46 de orig. jur. (1. 2): transiit a causis agendis ad jus civile. Ähnlich von Servius § 43 ibid. Schon im sechsten Jahrhundert der Stadt verbot ein Gesetz, die lex Cincia, sich pro causa oranda bezahlen oder beschenken zu lassen. Schon damals also scheint es ein Erwerbszweig gewesen zu sein, und ist es übrigens auch trotz der lex Cincia geblieben. Tac. Ann. XI, 5—7.

566a) Darum waren es auch Redner und Lehrer der Beredsamkeit, wie Cicero und Quintilian, welche sie wissenschaftlich behandelten, während uns von einem Juristen kein Werk darüber genannt wird. Wie der Jurist sich

handelte es sich bei der richterlichen Untersuchung nicht lediglich und ausschließlich um die Thatfrage, sondern auch um die rechtliche Beurtheilung derselben, allein in der Regel nur so weit, als dazu die gewöhnlichen Rechtskenntnisse eines Laien ausreichten. Wo ausnahmsweise ein mehreres erforderlich war, namentlich also bei intrikaten Rechtsfragen, Controversen u. s. w., holte der Richter Belehrung bei einem Juristen ein, oder hatte ihn als Beisitzer (Consessor), [566b]) oder die interessirte Partei oder deren Sachwalter brachte von demselben ein Gutachten oder ihn selbst als Gewährsmann mit vor Gericht.[567]) Insoweit pflegte also auch ein Jurist in die Verhandlungen vor dem Richter einzugreifen, im übrigen aber fielen dieselben, wie gesagt, gewöhnlich dem Patron d. i. dem Redner zu. Wo der Richter ein Laie war, begreift es sich, daß auch der Sachwalter keiner großen Rechtskenntniß bedurfte. Eine eigentlich gelehrte juristische Bildung ging ihm regelmäßig ab,[568]) aber nichts desto weniger mußte sein Beruf ihn mehr mit dem Recht vertraut machen als den gewöhnlichen Laien, und er mochte eine ähnliche Mittelstufe

zur Beweisfrage selbst im concreten Fall verhielt, darüber s. die Mittheilung von Boethius ad Cic. Top. X, 11 § 50 (Orelli I p. 346). Juris peritus de facti qualitate, non etiam de ipsius facti veritate respondet. Idcirco quoties ad Gallum peritum juris facti quaestio deferebatur: »Nihil ad nos« inquiebat et ad Ciceronem potius consulentes i. e. ad rhetorem remittebat.

566b) Cic. de finib. II 19: judex dicere consessori solebat.

567) Cic. Top. 17: nam et adsunt multum et adhibentur in consilio et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. L. 2 § 49 de orig. jur. (1. 2). . . judicibus scribebant aut testabantur qui illos consulebant.

568) Dies gibt auch Cicero von sich zu, ungeachtet er doch einen Cursus in der Jurisprudenz bei Quintus Mucius durchgemacht hatte, pro Murena 13 und de orat. I, 58. Wie weit die Unkenntniß der Redner gereicht haben mag, sieht man aus Cic. de orat. I. 56 sq. quod vero impudentiam admiratus es eorum patronorum u. s. w. Servius (cum in causis orandis primum locum obtineret . .) war so unkundig, daß er nicht einmal ein Responsum des Quintus Mucius sofort verstand. L. 2 § 43 de orig. jur. (1. 2).

zwiſchen Laien und Juriſten einnehmen wie das heutige Subalternperſonal der Gerichte. Was man von ihm verlangte, war nicht Wiſſen, Studium, ſondern das Talent und die Künſte des Advokaten, Fluß und Glanz der Rede, eindringliche Diction, ſchlagfertige Dialektik, dreiſtes, muthiges Auftreten ſelbſt bei ſchlechter Sache, kurz Eigenſchaften, die, wie Cicero bemerkt, auch in Rom nicht Jedermanns Sache waren.[569]) Es verräth den feinen Takt der Römer, daß ſie dieſen Beruf weniger achteten als den des Juriſten, eine Thatſache, die Cicero bezeugt, indem er ſie bekämpft. Der Juriſt konnte der Wahrheit die Ehre geben, er blieb dem Gezänke und dem Kampfe der Leidenſchaften fremd und nahm für ſeine Gefälligkeit kein Geld. Der Redner aber, dem nicht ſelten erſt die Ausſicht auf Lohn den Mund öffnen mußte,[570]) hatte die Verpflichtung ſich auf den Standpunkt der Partei zu ſtellen; er konnte es oft nicht umgehen, die Wahrheit zu beſtreiten, der Lüge ſeine Zunge zu leihen, das Sachverhältniß zu entſtellen und zu verwirren, ſpitzfindige Argumente vorzubringen, an die er ſelbſt nicht glaubte — kurz zu Mitteln ſeine Zuflucht zu nehmen, die vor der Kritik des feineren Ehrgefühls nicht die Probe beſtehen.[571])

Wie es ſich nun auch mit dieſer Theilung der Arbeit zwiſchen dem eigentlichen Juriſten und Redner verhält, der Umfang der Geſchäftsthätigkeit des erſteren blieb immerhin noch ein ſo ausgedehnter, daß der Ausdruck: Allgegenwart des Juriſten ein völlig angemeſſener iſt. Der thätige Antheil, den derſelbe am

569) pro Murena c. 13. Sic nonnullos videmus, qui oratores evadere non potuerunt, eos ad juris studium devenire.

570) Tac. Ann. XI, 7: eloquentiam gratuito non contingere.

571) In recht anſchaulicher Weiſe tritt dieſer Gegenſatz zwiſchen Juriſten und Redner in der Anekdote hervor, die Cicero de orat. I, 56 mittheilt. Das Reſponſum, das der Juriſt ertheilt hatte, war verum magis, quam ad rem suam (consulentis) accommodatum. Der Redner aber wußte dagegen Rath: alludens varie et copiose multas similitudines afferre multaque pro aequitate contra jus dicere u. ſ. w., kurz er accommodirte ſeine Anſicht dem Bedürfniß und dem Wunſch der Partei.

Rechtsleben nahm, beschränkte sich keineswegs auf rein juristische Dinge, auf Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens (respondere), Abfassung von Contracten, Testamenten u. s. w. (cavere, scribere),[572] sondern er erstreckte sich auch auf Maßregeln rein wirthschaftlicher Art, und selbst auf Fragen des Familienlebens, z. B. Verheirathung der Tochter.[573] Der Jurist war der Vertrauensmann der Familie, ohne dessen Rath nichts geschah, und oft gewiß auch der Unterhändler und Vermittler, kurz er nahm ungefähr dieselbe Stellung ein, welche in katholischen Gegenden vielerwärts der Beichtvater zu bekleiden pflegt. Seine Dienstleistungen waren mehr prophylaktischer Art, während die des heutigen mehr therapeutischer Art sind.[574]

572) Auf Grund der militia urbana respondendi, scribendi, cavendi bei Cic. pro Murena c. 9 hat man die gesammte praktische Thätigkeit in drei abgesonderte Zweige: respondere, scribere, cavere zerlegen wollen, und Bach Hist. Jurisp. II, 2, § 8—11 gibt sich die erdenklichste Mühe, dieselben zu bestimmen und gegen einander abzugränzen. Allein ich glaube, man hat hier Cicero zu viel Ehre angethan; ich wenigstens kann in seiner angeblichen Classification nichts als eine höchst äußerliche, wissenschaftlich völlig werthlose Aufzählung einzelner juristischer Geschäfte erblicken, und er selbst war wohl weit davon entfernt, ein weiteres zu beanspruchen, denn sonst hätte er doch in seiner Schrift de oratore I, 48 das scribere nicht völlig weglassen und dafür agere setzen können, was Puchta Curs. der Instit. I, § 76 veranlaßt, noch von einem „vierten Bestandtheil" zu reden. Auf Grund der Stelle in de republ. V, 3. . . responsitando et lectitando et scriptitando hätte Puchta noch einen fünften Bestandtheil annehmen können! Der Versuch von Bach hätte, wie ich meine, jeden Späteren von dem Glauben an den Werth dieser Eintheilung heilen sollen. Enthält denn das scribere einen Gegensatz zu cavere und selbst zu respondere? Wer ein schriftliches Gutachten ausstellte, der nahm zugleich das scribere und respondere vor (L. 2 § 49 de orig. jur. 1. 2), wer einen Contract aufsetzte, das cavere und scribere u. s. w. Von einer solchen Eintheilung sollte man lieber schweigen als reden, jedenfalls nicht zu viel Wesens von ihr machen.

573) Cic. de orat. III, 33. Ganz ähnlich ist die Stellung des Gesetzkundigen oder Geistlichen im Islam, von Tornauw, Moslem. Recht S. 56.

574) Ein Gegensatz, den Cicero pro Murena 13 mit salubritas und salus bezeichnet, indem er jene dem Juristen, diese dem Redner zuweist.

Gewiß war es nicht der bloße Thätigkeitsdrang oder eine unintereſſirte Dienſtfertigkeit, die ihn zu ſeinen Mühewaltungen beſtimmte; auch er ſelbſt wünſchte dabei ſeine Rechnung zu finden. Und allerdings fehlte der Lohn nicht. Nur war's freilich kein klingender; die Conſultanten kamen mit leeren Händen. Aber wenn auch kein Geld, ſo brachten ſie doch etwas anderes, das einem unabhängig geſtellten Römer nicht geringer galt — Ehre, Achtung, Anſehen, Popularität und Einfluß.[575]) Je mehr Conſultanten, deſto höher der Ruf des Juriſten; am Conſultirtwerden erkannte man den »Jure consultus«. Weſſen Haus den ganzen Tag über von ihnen nicht leer ward, bei wem ſie, um mit Horaz[576]) zu reden, ſchon beim erſten Hahnenſchrei anpochten, und wem ſie ſelbſt auf dem Krankenlager keine Ruhe ließen,[577]) ſo daß der Thürhüter Mühe hatte, ſie abzuhalten,[577a]) der genoß eine kaum minder geachtete und einflußreiche Stellung als die höchſten Würdenträger der Republik. Ein ſolches Haus galt in den Augen des Volks als ein öffentliches, in das Jeder aus- und einging, zu dem Jeder freien Zutritt hatte, es war nach Cicero[578]) das Orakel der ganzen Stadt, und dieſe juriſtiſchen Erkundigungsbüreaus gehörten weſentlich mit zur Phyſiognomie Roms. Von dieſer Auffaſſung ausgehend ſchenkte einſt der Senat einem namhaften Juriſten, um dem Volk den Weg zu kürzen, ein Haus an bequem gelegener

575) Der ex privatorum negotiis collecta gratia gedenkt Cicero de orat. III, 33. Wie ſehr der Juriſt auf Dank rechnete, darüber ſ. die Anekdote bei Val. Max. IX, 3, 2.

576) Hor. Sat. I, 10.

577) Cic. de orat. I, 45 . . . in ejus infirmissima valetudine affectaque jam aetate.

577a) Seneca de ira III c. 37: iratum ostiario causidici alicujus, quod intrantem submoverat. Daß auch der Redner es nicht viel beſſer hatte, darüber ſ. die Klage von Cic. ad Att. II, 14. Sein Haus iſt ſo gut wie ein Gerichtszimmer, immer voll (Basilicam habeo frequentia Formianorum), kaum um 10 Uhr Abends hat er Ruhe (post horam IV molesti ceteri non sunt; die entſprechende Morgenſtunde kann hier unmöglich gemeint ſein).

578) de orat. I, 45 oraculum totius civitatis.

Stelle.[579]) Wer einen solchen Zuspruch zu Hause nicht erwarten konnte, wie zumeist der Anfänger, oder wer es dem Volk bequemer machen wollte, verstand sich zur ambulanten Praxis und verlegte, so zu sagen, sein Büreau auf die juristische Börse, das Forum, mitten in das Gewühl des Verkehrs und das Getriebe der Rechtspflege, um hier für alle Fälle des unmittelbarsten Bedürfnisses mit Rath und That sofort bei der Hand zu sein.[580])

Die ganze Einrichtung habe ich berührt nicht ihrer selbst wegen, sondern weil sie ein unentbehrliches Hülfsmittel für das Verständniß des römischen Rechts ist. Daß letzteres so und nicht anders geworden, hat zum wesentlichen in ihr seinen Grund; sie hinweggedacht — und Vieles hätte völlig anders werden müssen. Dahin gehört vor allem der von der römischen Jurisprudenz mit eiserner Strenge durchgeführte Formalismus (§ 46). Bei manchen Ausflüssen desselben[581]) muß, wie ich meine, jeden Unbefangenen ein gewisses Grauen beschleichen, und es gehört ein ganz eingefleischter Romanismus dazu, um keinen Anstoß an ihnen zu nehmen oder um gar für das heutige Recht ihre Gültigkeit zu vertheidigen. Man denke sich, daß an einem verkehrten Wort (z. B. heres ne esto statt exheres esto) die Gültigkeit des ganzen Testaments oder der Verlust des Prozesses hing, und daß ein einziges weggelassenes oder gesetztes et vermöge der Grundsätze des Accrescenzrechtes für den Erben oder Legatar Millionen wiegen konnte. So sehr immerhin die Strenge in der Handhabung des Wortes der Weise des römischen Volkes entsprach, so kann ich mir doch den Umstand, daß derartige Subtilitäten praktisch durchführbar waren, daß also das Volk sich nicht dagegen opponirte und sie abschüttelte, nur aus der obigen Einrichtung erklären. In der Hand des Juristen, welcher die Testamente und sonstigen Urkunden abfaßte, verloren sie ihr Gefährliches,

579) L. 2 § 37 de orig. jur. (1. 2).

580) Cic. de orat. III, 33.

581) Eine Blumenlese daraus habe ich bei einer anderen Gelegenheit zusammengestellt. Siehe meine Jahrbücher B. 1. S. 31 fl.

denn wenn demnächſt das Wort auch aufs ſtrengſte urgirt ward, ſo kam doch kein anderes Reſultat heraus, als welches die Partei ſelbſt beabſichtigt und durch den Juriſten nur in kunſtgerechter Weiſe hatte formuliren laſſen; was man den Worten entnahm, war in ſie hineingelegt. Nur dadurch wurden meiner Meinung nach die ſtrengen Geſetze, welche die Jurisprudenz dem Verkehr dictirte, möglich, daß die Juriſten die Anwendung derſelben auf alle ſchwierigeren Geſchäfte des Lebens ſelber in die Hände nahmen, nur darum waren die ſchmalen und hart an Abgründen vorbeiführenden Wege, welche die ältere Jurisprudenz im Recht angelegt hatte, ungefährlich, weil jederzeit ein kundiger und williger Führer bereit ſtand.[582]) Die Allgegenwart des Juriſten war ein ſtillſchweigendes Poſtulat des alten Rechts — ſelbſt im Lager treffen wir ihn.[582a]) Der Juriſt mußte gegen den Juriſten ſchützen; die Dienſtfertigkeit des Praktikers war das unentbehrliche Gegengewicht gegen die ſtrengen Anforderungen des Theoretikers; hätte es an dieſem Gegengewicht gefehlt, die Theorie hätte nicht ſo lauten können, wie ſie gelautet hat. Darauf beruhte auch die ſpäter den Soldaten in rechtlicher Beziehung eingeräumte eximirte Stellung. Dieſelbe war nicht eine Sache der reinen Gunſt und Bevorzugung, ſondern ſie war durch die eigenthümlichen Verhältniſſe dieſes Standes mit Nothwendigkeit geboten, denn dem Soldaten fehlte, ganz abgeſehen von ſeiner eigenen geringeren Geſchäftskenntniß, die ſtets bereite Hülfe des Juriſten, da der „Lagerjuriſt" zwar dem Feldherrn und ſonſtigen hervorragenden Perſonen, aber nicht der Maſſe der gemeinen Soldaten zu Dienſten ſtand.

Die Allgegenwart des Juriſten bedeutete alſo für den Verkehr zuerſt eine unentbehrliche Hülfe. Sie bedeutete aber ſo-

582) Copia jurisconsulti. Daß es daran gefehlt hätte; raro accipiendum est, L. 9 § 3 de jur. ign. (22. 6).

582a) Cic. ad fam. VII, 13 (an den Trebatius, der dem Feldherrn ins Lager gefolgt war): quod te imperator consulit. Bekanntlich auch im Lager des Varus.

dann zweitens auch einen heilsamen Einfluß auf denselben. Die Innigkeit des Verhältnisses zwischen der Jurisprudenz und dem Verkehr kam beiden zu gute. Dem Verkehr, indem die Jurisprudenz beständig die Hand an seiner Pulsader hatte und wußte, was ihm Noth that, und wie ihm zu helfen war. Der Jurisprudenz, indem sie, ohne den Anforderungen des Verkehrs in materieller Beziehung etwas zu versagen, dieselben in diejenige Form bringen konnte, die sie selber von ihrem Standpunkt aus für die wünschenswertheste halten mußte. Die Ansätze zur Bildung neuer Geschäfte, die das Leben machte, namentlich auf dem Gebiet der Verträge (man denke z. B. an das pactum de vendendo beim pignus), erhielten durch die Juristen ihre formelle Redaction. Indem letztere die Vertragsurkunden abfaßten, hatten sie es in ihrer Hand, ihnen die passendste Form zu geben, mit der juristischen Construction nicht erst zu beginnen, nachdem der Entwicklungsprozeß des Instituts abgeschlossen und dasselbe als fertiges, unabänderliches entgegenzunehmen war, sondern dasselbe von vornherein in die juristische Bahn zu leiten, ihm die richtige Form zu geben, kurz den Verkehr juristisch zu disciplíniren. Wie wäre aber diese juristische Erziehung, der das römische Recht so unendlich viel verdankt, denkbar gewesen ohne jene Allgegenwart des Erziehers?

Und wiederum frage ich, wie wäre letztere denkbar gewesen, wenn die Kunst in Rom, wie bei uns, nach Brod gegangen wäre? Für die Charakteristik der römischen Jurisprudenz ist es, so paradox es klingt, einer der wesentlichsten Züge, daß sie sich nicht bezahlen ließ. In diesem einen, scheinbar so äußerlichen Umstand liegt unendlich viel, liegt die halbe römische Jurisprudenz. Das Honorar des Juristen, so sehr es bei unseren heutigen Zuständen auf Nothwendigkeit beruht, darf nichts desto weniger als sein böser Dämon bezeichnet werden — ein Hinderniß seines vortheilhaften, eine Quelle seines unheilvollen Einflusses, ein Fluch unseres heutigen Rechtslebens. Das Geld ist es, das ihm da, wo er nicht fehlen dürfte: beim Abschluß der Rechtsgeschäfte,

den Weg versperrt, das Geld, das ihn, wenn er endlich im Fall der Noth zugezogen wird, auf Abwege lockt, auf Abwege, wo seine Kunst nur dazu dient, das Feuer der Zwietracht anzufachen und zu unterhalten, der Lüge und der Chikane die Mittel zum Widerstand zu leihen und dem Unrecht zum Siege zu verhelfen. Dem Honorar entspringen die frivolen und langen Prozesse, ihm verdanken wir die Juristen ohne Lust und Liebe, ohne Talent und Verständniß für ihre Wissenschaft, ihm das gerechte und ungerechte Mißtrauen des Volks gegen den Juristen, kurz *an dem Gelde klebt der Schmutz unseres Standes und die Erniedrigung unseres Berufes*.

Alles dies blieb der römischen Jurisprudenz erspart. Wer sich *ihr* widmete, suchte in ihr nicht Geld, sondern sie selbst; der *innere* Beruf war das Motiv für die Wahl des *äußeren*, die falschen, unfähigen, verdrossenen Jünger blieben ihr fern. Darum aber stieß sie auch im Volk nicht auf Abneigung, Mißtrauen, Widerstand; ganz und dankbar ergriff dasselbe eine Hand, die sich nicht, indem sie half, zugleich nach Geld krümmte. Daher die Allgegenwart des Juristen. Wo der rechtliche Rath und Beistand ein Handelsartikel ist, der nur gegen Bezahlung verabreicht wird, wie dies bei uns der Fall ist, ökonomisirt man im Gebrauch desselben, und der Jurist wird wie der Arzt häufig erst gerufen, wenn es zu spät ist. Anders in Rom, wo dieser Artikel keine Handelswaare, sondern eine res communis, überall umsonst zu haben war, wie Luft und Wasser. Hier durfte man von ihm den verschwenderischsten Gebrauch machen und machte ihn. Darauf aber beruhte wiederum die ganze Herrschaft und Macht der alten Jurisprudenz über das Leben, ihre Aufsicht, ihre Erziehungsgewalt, ihr bildender Einfluß, die Gewöhnung des Verkehrs an die Beobachtung des strengen juristischen Sprachgebrauchs, die Erträglichkeit der engen, knappen Geschäftsformen, die Möglichkeit der rücksichtslosen Consequenz, die Freiheit ihrer eigenen wissenschaftlichen Bewegung, kurz die Durchführbarkeit der alten Theorie und damit sie selbst.

Auch in Rom änderte ſich dies, und als Ulpian [583]) ſeinen ſchönen Ausſpruch that, den man der alten Jurisprudenz zu ihrer Deviſe geben möchte: civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, hatte derſelbe weder für die Lehrer des Rechts, denen Ulpian die Worte zurief, noch für den größten Theil der praktiſchen Juriſten, die Advokaten, eine praktiſche Wahrheit mehr; die Einzigen, die noch in ſeinem Sinne handelten, waren jene namhaften von Staatswegen mit dem jus respondendi verſehenen Juriſten, deren Gedächtniß noch die ferne Nachwelt feiert. Wie weſentlich dies jus respondendi, wenigſtens in der ihm ſpäter gegebenen Geſtalt, mit dem Geſichtspunkt der Unentgeltlichkeit zuſammenhängt, und wie es in den Händen von Leuten, die aus dem Reſpondiren eine Erwerbsquelle gemacht hätten, abſolut unmöglich geweſen wäre, liegt auf flacher Hand.

## Haften des Rechts an der Äußerlichkeit.

(Sinnliches Element des älteren Rechts.)

### I. Der Materialismus.

**Das ſinnliche Element auf der inneren Seite des Rechts — der materialiſtiſche Zuſchnitt der Begriffe und Inſtitute. — Das furtum, damnum injuria datum, der Irrthum, Beſitz und die Uſucapion — wirthſchaftliche und rechtliche Präponderanz der Sache; die Sache die Achſe des älteren Verkehrs und der Ausgangspunkt des ganzen Vermögensrechts.**

Leges tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt. Cic. de off. III, 17.

XLIII. Hat uns der vorige Paragraph mit der Baumeiſterin, ſo ſoll uns der jetzige mit ihrem Werk bekannt machen. Nicht alles und jedes freilich an dieſem Werk gehört *ihr* an, und nicht alles, was wirklich von ihr herrührt, iſt das Reſultat eigentlicher Arbeit. Der juriſtiſche Inſtinkt, die glückliche Organiſation

583) L. 1 § 5 de extr. cogn. (50. 13).

des römiſchen Rechtsgefühls, die bildende Kraft des Verkehrs u. ſ. w. ſind Gehülfen, die daran ebenfalls ihren Antheil hatten, aber es wäre vergebene Mühe, die Bauſteine, die der eine oder andere zugetragen hat, ſondern zu wollen. Im Wechſelverkehr mit dem Volk und Leben gab und nahm die Jurisprudenz, regte an und ward angeregt, beſtimmte und ward beſtimmt, und wenn wir daher die techniſche Geſtaltung des ältern Rechts als ihr Werk bezeichnen, während wir dasſelbe in genauerer Redeweiſe eine Schöpfung des juriſtiſchen Geiſtes des altrömiſchen Volks nennen müßten, ſo geſchieht es nur darum, weil ſie die hauptſächlichſte Trägerin und die eigentliche Perſonification dieſes Geiſtes war. Es iſt alſo nicht die bloße Methode der alten Jurisprudenz, mit der ſich die folgende Darſtellung beſchäftigen ſoll, ihre Art zu denken und zu operiren im Gegenſatz zu der des Volks, ſondern das Ringen des römiſchen Geiſtes mit dem Rechtsſtoff: das im Recht ſelbſt objectiv gewordene juriſtiſche Denken der Nation.

So enthält denn ſchon die erſte Erſcheinung, der wir uns in dieſem Paragraphen zuwenden, nichts weniger als ein Product der Jurisprudenz. Aber ſie gewährt uns etwas wichtigeres, nämlich einen höchſt wichtigen Aufſchluß über die Rechtsanſchauung der ältern Zeit; ſie ſignaliſirt uns den Höhepunkt ihrer Auffaſſungsweiſe, das geiſtige Niveau der Zeit, das auch für die Jurisprudenz maßgebend war. Die ſpäteren Paragraphen werden uns mehr und mehr in die eigentliche Werkſtätte der Jurisprudenz führen. Wie eng das Juriſtiſche und Nichtjuriſtiſche zuſammenhängt, können gerade ſie am beſten zeigen; denn derſelbe Gedanke, der uns in dieſem Paragraphen entgegentritt, der der Richtung der alten Zeit auf die Äußerlichkeit oder, wie ich es nennen will, das ſinnliche Element des Rechts, wird uns auch dort unausgeſetzt begleiten.

Die Sinnlichkeit iſt die Vorſtufe der Geiſtigkeit. Alles urſprüngliche Denken der Individuen und Völker iſt ein ſinnliches, der Geiſt macht ſich nur dadurch frei von der äußern Erſcheinung,

daß er eine Zeitlang an ihr gehaftet, in ihr die Vorschule des abstracten Denkens durchgemacht hat. Diesem Naturgesetz, das sich auf allen Gebieten des menschlichen Denkens und Wissens bewährt, unterliegt selbstverständlich auch das Recht.

Aber, wird man fragen, ist nicht das Wesen des Rechts damit unverträglich? Dasselbe besteht ja gerade in dem Sichlosreißen von der concreten, äußern Erscheinung, im Abstrahiren; jeder Begriff, jeder Rechtssatz enthält ja eine Abstraction, ein Allgemeines, das von dem Besonderen absieht. Gewiß; allein nichts desto weniger ist auch hier dem Sinnlichen ein breiter Zugang eröffnet. Zuerst und vor allem nämlich auf der Erscheinungs- oder Verwirklichungsseite des Rechts, d. h. in den Formen, in denen das Recht im Leben wie vor Gericht zur Anwendung und concreten Wirklichkeit gelangt. Dieser Seite entspricht innerhalb der Religion der Cultus, und derselbe Zug der Sinnlichkeit, der sich in letzterem als Ceremonienwesen ausprägt, führt im Recht zum Formenwesen; die Natur des Rechts setzt hier der Geltendmachung des sinnlichen Elements so wenig Widerstand entgegen, daß sie dazu umgekehrt die Aufforderung enthält. Es ist dies die Erscheinung des Formalismus, welche ich in § 45 u. fl. einer eingehenden Betrachtung unterziehen werde.

Anders freilich auf der inneren Seite des Rechts, der auf dem Gebiet der Religion das Dogma entspricht. Hier handelt es sich nämlich um ein Innerliches und Allgemeines, mögen wir es Rechtssatz oder Begriff nennen. In und aus den Verhältnissen des Lebens soll die Rechtsidee erkannt und entnommen und zur Allgemeinheit des Ausdrucks gebracht, von allem, was die concrete Anschauung besticht und bestimmt: der äußeren Verschiedenheit der Personen, Gegenstände, Verhältnisse, Lagen, Umstände abgesehen und der reine, abstracte juristische Kern herausgeschält werden. Ein Beharren in der sinnlichen Vorstellungsweise würde hier, wie es scheint, mit Nichtlösung der Aufgabe gleichbedeutend sein. Und in der That setzt das Recht vermöge seiner eigenthümlichen Natur hier der sinnlichen Anschauung einen ungleich stärkeren

Damm entgegen, als die Religion es ſthut. Denn die religiöſen Ideen und Abſtractionen nehmen willig concrete Geſtalt an; die Abſtraction der Kraft, in der dem Menſchen zuerſt die Ahnung des Göttlichen aufgeht, vergegenſtändlicht ſich zu einem Gott, aber welche concrete Geſtalt fände ſich für die rechtlichen Abſtractionen? Die Rechtsbegriffe und Rechtsſätze bleiben, was ſie ſind; denn die bildliche oder ſelbſt poetiſche Form ihres Ausdrucks betrifft eben nur die Faſſung, nicht ihre innere Beſchaffenheit und Subſtanz. Darum, glaube ich, iſt es nicht gewagt zu behaupten, daß das Recht dasjenige Gebiet iſt, auf dem der menſchliche Geiſt nothwendig ſich am früheſten zur Abſtraction hat aufſchwingen müſſen; das erſte Geſetz, mochte es betreffen, was es wollte, war der erſte Anſatz des Geiſtes zur bewußten Allgemeinheit des Denkens, die erſte Veranlaſſung und der erſte Verſuch, ſich über das ſinnlich Anſchauliche zu erheben.

Allein ſo ſehr nun auch einerſeits das Recht gebieteriſch zur Abſtraction auffordert, ſo findet doch das ſinnliche Element Gelegenheit genug, ſich in und bei dieſem Akt wieder einzudrängen. Der Geiſt abſtrahirt — gewiß! aber die Sinnlichkeit iſt das Prisma, durch das er das Material betrachtet, dem er ſeine Abſtractionen entnimmt. Er gewinnt Rechtsſätze — aber der Zuſchnitt derſelben iſt ein ſubſtantieller; nur die gröberen, derberen, äußerlich in die Sinne fallenden Momente des Verhältniſſes ſind in ihnen berückſichtigt, die feineren nicht beachtet. So vergegenwärtigt uns dieſe Erſcheinung, für die ich den Namen Materialismus wähle, gewiſſermaßen das Ringen der Abſtraction mit der ſinnlichen Anſchauungsweiſe.

Zwiſchen Materialismus und Formalismus ſchiebe ich noch eine andere Erſcheinung ein (§ 44), die gleichfalls unter den ihnen beiden gemeinſamen Geſichtspunkt des Haftens an der Äußerlichkeit fällt: das Haften am Wort oder die Wortinterpretation der älteren Jurisprudenz.

### Die materialistische Anschauungsweise.

Die Gesetze und Begriffe einer rohen Zeit sind, wie die Menschen selber: rohe, ungeschlachte Gesellen, die nur ein Auge für das haben, was sie mit der Faust packen können, und wenn Cicero (de off. III, 17) den Gegensatz des Gesetzes und der Philosophie in Bezug auf die Behandlung desselben Problems dahin angibt: leges tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia, so hat er mit den ersteren Worten das altrömische Civilrecht in zutreffendster Weise charakterisirt. Das Handgreifliche, Äußerliche, Sinnliche, in die Augen Fallende ist der Grundzug aller Begriffe des ältern Rechts: überall das Überwiegen der Erscheinungsform über den Gedanken.

Wir betrachten die Privatdelicte des ältern Rechts, zunächst den Diebstahl. Der rein äußerliche, ganz vom Zufall abhängige, für die innerliche Beurtheilung der strafbaren Gesinnung völlig gleichgültige Umstand, ob der Dieb bei der That ertappt wird oder nicht (furtum manifestum und nec manifestum), begründet für die Bestrafung desselben den empfindlichsten Unterschied, dort fällt der Dieb dem Bestohlenen als Sklave anheim, hier kann er sich mit Zahlung des Doppelten abkaufen.[583a]) In beiden Fällen ist die Vollziehung der Strafe lediglich dem Bestohlenen anheim gestellt, der äußerlich durch den Diebstahl betroffen ist. Daß auch der Staat dadurch berührt wird, daß der Diebstahl zugleich einen Eingriff in die von ihm gehandhabte

---

583a) Noch weiter geht das deutsche Recht beim Markfrevel, s. Thudichum, Gau- und Markverfassung S. 272. Auch der Unterschied des älteren deutschen Rechts zwischen Mord und Todschlag ist rein auf die Äußerlichkeit der Begehungsweise („Offenheit und Heimlichkeit") gestellt, ohne Rücksicht darauf, ob der Verbrecher in Leidenschaft oder mit Überlegung gehandelt hat, „den Unterschied zwischen beiden bildet noch nicht die Verschiedenheit der Gemüthsstimmung, sondern die Verschiedenheit der Handlung selbst", Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I S. 183.

Rechtsordnung enthält, das ist der materialistischen Auffassungsweise der ältern Zeit zu hoch, denn diesen Eingriff sieht man nicht. Im Geiste des ältern Rechts wird man annehmen dürfen, daß die äußere diebische Ergreifung der Sache (contrectatio) zum Thatbestand des Diebstahls unerläßlich war, und daß die idealere Erfassung dieses Begriffs, welche von diesem Moment völlig absah, und welche Gellius[583b]) mit Recht als etwas höchst bemerkenswerthes hervorhebt, erst das Product einer späteren Zeit war.

Bei den Injurien spielt natürlich der Unterschied zwischen Real- und Verbalinjurien eine große Rolle. Während letztere, abgesehen von dem Fall der öffentlichen Schmähung und des Pasquills (wenn damit das occentare und carmen condere der XII Tafeln richtig wieder gegeben ist), nur den niedersten Strafsatz von 25 As begründen, übt bei den Realinjurien die äußere Art der Beschädigung einen großen Einfluß aus. Das »membrum ruptum« führt, wenn die Parteien über die Sühne nicht einig werden, zur Talion, das »os fractum vel collisum« wird bei Freien mit 300 As, eine Ohrfeige mit 25 As bezahlt.[583c])

Die lex Aquilia hatte bekanntlich keinen abstracten Begriff des damnum injuria datum aufgestellt, sondern die einzelnen Hauptfälle namhaft gemacht. Aus ihnen abstrahirte dann die ältere Jurisprudenz den Begriff des damnum injuria datum und formulirte ihn als damnum corpore corpori da-

---

583b) Noct. Att. XI, 18 § 23: meminisse debemus, furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, sola mente et animo, ut furtum fiat, annitente.

583c) Über den Unterschied zwischen den beiden ersten Fällen habe ich nirgends eine befriedigende Auskunft gefunden. Sollte sich nicht Festus: Rupitias in XII significat damnum dederit benutzen lassen? Dann würde membrum ruptum nicht Bruch, sondern Beschädigung des Gliedes bedeuten und damit würde ein Gegensatz zu dem Bruch oder der Zersplitterung des Knochens (os fractum vel collisum) heraus kommen. In den altgermanischen Rechten ist der Unterschied ungleich schärfer und detaillirter entwickelt als im altrömischen. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 729—748.

tum,[584]) d. h. als Beschädigung eines Gegenstandes durch unmittelbare positive äußere Einwirkung auf denselben. Wer durch Öffnen des Käfigs das Entfliehen oder durch Einsperren den Tod eines Thieres verschuldet hatte, haftete für nichts, denn im ersten Fall war das Thier nicht beschädigt, im zweiten Fall nicht durch unmittelbare Einwirkung, dort lag kein damnum corpori, hier kein damnum corpore datum vor. Die lex Aquilia hatte sich in materialistischer Weise an den sichtbaren Schaden gehalten. Anders die neuere Doctrin, die dem Begriff der Beschädigung erst die erforderliche Ausdehnung gegeben hat. Den äußersten Gegensatz zu dem damnum injuria datum des alten Rechts bildet im neuern die actio de servo corrupto des prätorischen Edicts. In ihr prägt sich der ganze Umschwung der Anschauung aufs unverkennbarste aus, denn das corpore corpori datum ist hier in sein directes Gegentheil umgeschlagen, das Delict setzt nämlich voraus eine durch moralische Einwirkung (animo) bewirkte moralische Corruption eines Sklaven (animo datum).

Ebenso bedeutungsvoll wie die Delicte, die das ältere Recht kennt, sind diejenigen, die ihm fehlen. Plünderung einer Erbschaft (das spätere crimen expilatae hereditatis) gilt nicht als Unrecht; es ist ja Niemand da, dem die Sachen gehören, die Beziehung derselben zum künftigen Erben ist etwas lediglich im Gedanken Existirendes. Ebenso wenig ist der Betrug (dolus) ein Delict. Denn der Betrug enthält keinen äußeren Eingriff in eine fremde Rechtssphäre; eine falsche Nachricht, ein schlechter Rath u. s. w. ist an sich kein Delict, die Mittel, deren sich der Dolus bedient, sind äußerlich legale. Es ist der Wolf im Schafpelz, der Heuchler unter den Delicten; erst als man gelernt hatte, den Delictsbegriff nicht ausschließlich in einen sichtbaren Thatbestand zu setzen, sondern nach inneren Kriterien zu beurtheilen, griff man auch diesen Sünder, der früher frei durchschlüpfte.

584) Gaj. III 219. § ult. I. ad leg. Aq. (4. 3).

Der generellen Klage wegen Betruges (act. doli) gingen mancherlei specielle Betrugsklagen für gewisse einzelne Verhältnisse voraus,[584a]) wozu auch die wegen doloser Alienation von Seiten des insolventen Schuldners gehört. Der Begriff der Alienation ward dabei ursprünglich lediglich als Veräußerung von Sachen erfaßt (interdictum fraudatorium), während in späterer Zeit auch die Veräußerung von Rechten (z. B. Klagen) unter den Begriff gebracht wurde (act. Pauliana).[584b])

Erheben wir uns von den einzelnen Delicten des ältern Rechts zu seiner allgemeinen sowohl bei den Privatdelicten als bei den Verbrechen zur Anwendung gelangenden strafrechtlichen Anschauungsweise, so gibt es für die hier nachzuweisende materialistische Auffassung des ältern Rechts kaum einen sprechenderen Beleg als die Art, wie dasselbe das Verhältniß des inneren Moments der subjectiven Verschuldung zu dem äußern Moment der That erfaßte. Da ich selber bei einer andern Gelegenheit dieser Erscheinung eine eingehende Untersuchung gewidmet habe,[584c]) so möge es mir hier verstattet sein einfach darauf Bezug zu nehmen. Wenn irgendwo das Übergewicht der äußern Erscheinung über das innere Moment, an und in dem sie ihre Richtschnur finden soll, in schlagender Weise zu Tage tritt, so ist es an diesem Punkt.

Wenden wir uns von dem Strafrecht dem Civilrecht zu, so beschränke ich mich mit Ausschluß derjenigen Beispiele, welche besser in einem andern Zusammenhang zu behandeln sind,[584d])

---

584a) Meine Schrift über das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Gießen 1867, S. 34, Note 70a.

584b) arg. L. 14 quae in fraud. (42. 8) Hac in factum actione non solum dominia revocantur (Sachveräußerungen) verum etiam actiones restaurantur.

584c) In der in der vorvorigen Note citirten Schrift.

584d) Siehe insbesondere die reale Art des Erwerbs des Eigenthums (§ 47), die sich auch im alten Pfandrecht (im pignus) wiederholte, bis dasselbe sich (in der hypotheca) von dem Erforderniß der realen Überlassung losmachte (Dernburg, Röm. Pfandrecht I S. 54, welcher mit Recht diese Form des Pfandrechts „als etwas so Raffinirtes und Ideelles bezeichnet, daß

auf ſolche, welche ausſchließlich bei Gelegenheit des gegenwärtigen Geſichtspunkts ihre richtige Verwendung finden. Dahin rechne ich zunächſt die Behandlung des Irrthums über das Object der Verträge. Das ältere Recht berückſichtigt nur den Irrthum über die Species (error in corpore), das neuere hingegen auch den über die Eigenſchaften (ſ. g. error in substantia, materia).[585]) Worauf beruht dieſe Verſchiedenheit? Ich meine darauf, daß das ältere Recht die Richtung des Willens auf ſeinen Gegenſtand mehr äußerlich, das neuere ſie mehr innerlich erfaßt. Wenn der Käufer das bleierne Gefäß irrthümlich für ein ſilbernes hält und bezahlt, ſo hat er, ſagt die ältere Jurisprudenz, nichts deſto weniger dies Gefäß gewollt, ſein Irrthum bezieht ſich bloß auf etwas Innerliches, nicht auf die äußere Identität des Objects. Die neuere Jurisprudenz hingegen argumentirt folgendermaßen: Das Object, wie es äußerlich erſcheint, iſt nicht das, was der Käufer wahrhaft will, denn er will in demſelben die Beſtimmung, Macht, Kraft, Tauglichkeit der Sache. Iſt dieſelbe alſo eine völlig andere, als er annahm, ſo iſt die Sache ſelbſt eine andere, als die er meinte; ſie hat mit letzterer nur den äußern Schein gemein.[586])

---

daſſelbe in dem derben und realen Rechtsleben der Vorzeit keinen Raum finde"). Siehe ferner den Nachweis des realen Fundaments der altrömiſchen Obligation (B. 3 Abth. 2).

585) Über jenes ſiehe die L. 22 de V. O. (45. 1), in welcher von der Stipulation d. h. der aus dem älteren Recht ſtammenden obligatio stricti juris die Rede iſt, über dieſes ſiehe die L. 9 § 2 de cont. emt. (18. 1), welche von dem dem neueren Recht angehörigen Kaufcontract handelt. Marcellus ſtellt hier zwar noch im Geiſt des älteren Rechts rückſichtlich des letzteren die Behauptung auf: emtionem esse, quia in corpus consensum est, allein Ulpian berichtigt ihn.'

586) Es ließe ſich hier auch die erſt durch das ädilitiſche Edict eingeführte (alſo dem älteren Recht unbekannte) Verpflichtung des Verkäufers, für die heimlichen Fehler und Mängel einzuſtehen, in Bezug nehmen. Nach älterem Recht hat der Käufer nur im Fall des Nicht-habens (Eviction) einen Regreß gegen den Verkäufer, nach dem Edict auch im Fall des Schlechter-habens. — Auch die bekannte Controverſe der Sabinianer und Prokulejaner

Besonders ergibig für den Gegensatz des ältern und neuern Rechts ist die Lehre von dem Besitz und der Usucapion. Obgleich der Besitz seiner ursprünglichen Natur nach ein rein thatsächliches Verhältniß ist, mithin ganz und gar der materialistischen Behandlungsweise anheimzufallen scheint, so findet doch auch hier der Gegensatz des Materialismus und Spiritualismus Raum genug sich zu bethätigen, wie eben der Vergleich des ältern und neuern Rechts lehrt. So würde z. B. der Erwerb des Besitzes nach materialistischer Ansicht ein Eingreifen (Apprehension im wörtlichen Sinn) erfordern, und daß auch das ältere Recht dies gethan und sich nicht, wie das neuere, mit der bloßen Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung, namentlich also nicht mit der s. g. traditio longa manu, dem Zeigen und Sehen der Sache begnügt hat, wird wohl kaum in Zweifel gezogen werden, wenn man bedenkt, daß sich dies Requisit noch bis ins neuere Recht hinein als formeller Akt in dem manu capere der Mancipation erhalten hat. Das Ergreifen (loco movere) verlangten die älteren Juristen[587]) auch bei der Unterschlagung der deponirten Sache von Seiten des Depositars, während die neuere Jurisprudenz die Möglichkeit der Unterschlagung auch ohne eine solche materialistische Vollziehung derselben anerkennt.[588])

Die ältere Jurisprudenz sprach den juristischen Personen die Besitzfähigkeit ab, abermals ganz in Übereinstimmung mit der natürlichen Gestalt des Verhältnisses, die neuere hingegen erkannte

---

über die Specification (Gaj. II, 79) dreht sich um unsern Gegensatz. Eine materialistische Auffassung des Begriffs der Identität der Sache wird mit den Sabinianern die Substanz als das Wesentliche der Sache betrachten und daher den Einfluß der Specification auf das Eigenthum läugnen, eine spiritualistischere Auffassung aber mit ihren Gegnern die Form und Bestimmung der Sache für das Entscheidende ansehen und darum mit einer Veränderung derselben eine neue, dem Specificanten zufallende Sache annehmen.

587) Die »plerique veterum« in L. 3 § 18 de poss. (41. 2).

588) Papinian in L. 47 de poss. (41. 2). Ebenso bei der Verwandlung des Depositums in ein Darlehn in L. 9 § 9 de R. Cr. (12. 1) ... etiam antequam moveantur ... animo coepit possidere.

ſie ihnen zu.[589]) Die Zulaſſung des Beſitzerwerbes durch freie Stellvertreter iſt ebenfalls ein Fortſchritt des neueren Rechts, in dem ſich unverkennbar eine freiere Behandlung des Verhältniſſes kundgibt.

Nach der natürlichen Anſchauung iſt der Beſitz verloren, ſobald ein Dritter ſich denſelben angeeignet hat. Dabei hat es das ältere Recht gelaſſen, während das neuere den Beſitz eines Abweſenden an Grundſtücken trotz der Invaſion fortdauern läßt.[590])

In ungleich höherem Grade aber hat ſich der obige Gegenſatz im Laufe der Zeit in der Uſucapion bewährt. Die urſprünglichen Requiſite derſelben beſtanden, wie es ſcheint,[591]) in der Uſucapionsfähigkeit der Sache (res furtiva) und dem rein äußerlichen Moment des fehlerfrei (nec vi, clam, precario) erworbenen Beſitzes. Die ſpätere Entwicklung des Inſtituts bis ins heutige Recht hinein charakteriſirt ſich durch ein Doppeltes. Einmal durch die Tendenz, den Schwerpunkt des Inſtituts mehr und mehr in die ſubjective Innerlichkeit des Uſucapienten zu verlegen — eine Tendenz, die ſchon in der ſpätern römiſchen Jurisprudenz in der Zulaſſung eines titulus putativus unverkennbar zu Tage tritt und in der bekannten Beſtimmung des Canoniſchen Rechts über die mala fides superveniens ihren definitiven Abſchluß findet. Sodann durch die Abſchwächung oder freiere Behandlung des das äußere, ſichtbare Moment der Uſucapion bildenden Beſitzes, welche ſich theils darin bewährt, daß dem Uſucapienten der Beſitz einer andern Perſon (ſeines Vorgängers oder des Pfandgläubigers) angerechnet wird, theils darin, daß durch ſeinen eigenen Tod die Uſucapion nicht unterbrochen wird.[592]) Daß

589) L. 1 § ult. L. 2 de poss. (41. 2).

590) Über jenes ſiehe die Anſicht von Labeo in L. 6 § 1 L. 7 de poss. (41. 2), über das neuere L. 3 § 7, 8 L. 25 § 2 L. 45 ibid.

591) Stintzing über das Weſen von bona fides und titulus. Heidelberg 1852.

592) Das Äußerſte, wozu es nach dieſer Seite hin kommen könnte, wäre die völlige Beſeitigung des Einfluſſes der Beſitzunterbrechung d. h. die

die Anstellung der Vindication von Seiten des Eigenthümers die Usucapion nicht unterbrach, war dem materialistischen Charakter derselben durchaus angemessen; bei der longi temporis possessio fand nach der Ansicht, die mir die richtigere zu sein scheint, das Gegentheil Statt,[593]) und auch dadurch documentirt sie sich als ein Institut neueren Ursprunges.

Ein interessantes Beispiel für die Veranschaulichung des Gegensatzes zwischen Materialismus und Spiritualismus gewährt die wirthschaftliche Entwicklung. Letztere beginnt mit den Gütern, die man sehen und greifen kann, und erhebt sich erst nach und nach zur Wahrnehmung und praktischen Verwerthung idealerer Güter. Der Credit, das Talent, die Idee fungiren in unserem heutigen Güterleben als höchst werthvolle wirthschaftliche Factoren, aber wie lange haben sie unbenutzt und unbekannt da gelegen, bis die Noth des Lebens dazu zwang, auch sie zu beachten und zu verwerthen. Mit der wirthschaftlichen Entwicklung

---

Zusammenrechnung der Zeit vor und nach der Besitzesstörung. Damit würde der letzte materialistische Rest der altrömischen Usucapionslehre beseitigt sein. Der erste Ansatz dazu findet sich schon im römischen Recht selbst, nämlich in der angegebenen Fortdauer der Usucapion während der hered. jac. Einen weiteren Schritt hat das Preuß. Landrecht I, 9 § 601, 602 gemacht, indem es die Zusammenrechnung verstattet, wenn inzwischen kein Anderer den Besitz gehabt hat, während das österreichische Recht es beim römischen läßt. Nur das französische hat sich hier, und, wie ich glaube, mit gutem Grunde und nachahmungswerthem Beispiel, völlig von der traditionellen Behandlungsweise emancipirt, indem es dem Verlust des Besitzes, wenn er nicht über Jahresfrist gedauert, oder wenn während der Zeit auf Restitution des Besitzes geklagt ist (die spätere Verurtheilung vorausgesetzt), die Kraft der Unterbrechung der Usucapion abgesprochen hat. K. S. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts. Aufl. 5 von Anschütz Bd. 1 S. 534. Das englische Recht ist sogar soweit gegangen, den Einfluß einer unrechtmäßigen Unterbrechung des Besitzes, selbst wenn sie noch so lange gedauert hat, völlig aufzuheben. Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 179.

593) v. Wächter Erörterungen Heft 3 S. 101. Interessant ist es, wie Constantin in L. 10 Cod. de poss. (7. 32) dies rechtfertigt, nämlich damit, daß der Besitzer jetzt super jure possessionis vacillet et dubitet, also aus der subjectiven Innerlichkeit heraus.

aber hält die des Rechts gleichen Schritt, letzteres läßt sich als das Flußbett der wirthschaftlichen Strömung bezeichnen, d. h. es ist zu jeder gegebenen Periode so weit und breit, als das Verkehrsbedürfniß es erheischt. Darum kann uns die Rechtsgeschichte dazu dienen, uns über die Stufen und Fortschritte der wirthschaftlichen Ansicht und Bewegung Auskunft zu geben. Dies gilt namentlich von der römischen Rechtsgeschichte[595]) und insbesondere auch von der Frage, die wir derselben hier vorlegen wollen, nämlich die: was waren die wirthschaftlichen Factoren des ältern Verkehrs? Die Antwort lautet: Sachen und als Sachen behandelte Menschen. Die freie menschliche Kraft, das Talent, die Fertigkeit u. s. w., waren noch nicht als solche, d. h. unabhängig von den Producten, in denen sie sich verwirklichen und ökonomisch — mittelst des Kaufs — verwerthen, auf den Markt getreten. Die entsprechende juristische Form für die Verwerthung der menschlichen Kraft ist die Klagbarkeit des auf sie gerichteten Miethvertrages (locatio operarum und operis); im ältern Rechte war dieser Vertrag, wie an späterer Stelle nachgewiesen werden soll, noch nicht klagbar — ein Beweis, daß der Verkehr das Bedürfniß darnach noch nicht empfunden hatte. Allerdings kannte man auch im ältern Rom den wirthschaftlichen Werth des Arbeiters, aber nur in der beschränkten Form einer ihn in seiner Totalität ergreifenden Macht und Herrschaft (Sklaverei,

595) So z. B. bezeugt die mancipatio, daß die Römer die Periode des Tauschhandels schon früh zurückgelegt hatten, daß der Kauf ursprünglich ein Baarkauf war und erst später ein Handel auf Credit ward. Die ältesten beweglichen Tauschmittel waren Vieh und Getreide (Bd. 1 S. 141 Anm. 50). In der Werthschätzung der Sachen standen obenan Grundstücke, Sklaven, Zug- und Lastvieh; dies ergibt sich aus ihrer Auszeichnung gegenüber allen anderen Sachen (res mancipi — erstes Kapitel der lex Aquilia — ädilitisches Edict —). Von den Prädial-Servituten sind Wege- und Wassergerechtigkeiten die ältesten, erst später erkannte man auch den Werth und das Bedürfniß der übrigen, die Urbanalservituten sind das Product der Zeiten des Luxus, in denen die Begriffe über das Erforderniß der Nützlichkeit der Servitut (servitus fundo utilis) sich wesentlich verfeinert hatten.

Mancipium, Schuldknechtſchaft). Was man dagegen nicht kannte, war die juriſtiſche Ablöſung der einzelnen geiſtigen oder körperlichen Arbeit von dem Arbeiter, die Erhebung derſelben zu einem rechtlichen Tauſchobject in Form des klagbaren Dienſtvertrages. War dieſe Idee der alten Zeit zu hoch, oder überhob das Inſtitut der Sklaverei dieſelbe der Nothwendigkeit, der Arbeit Anerkennung und Rechtsſchutz zu gewähren? Daß nicht auch ſchon in älteſter Zeit Dienſtleiſtungen um Lohn (ſei es vorausbezahlten oder durch Stipulation bedungenen) vorgekommen ſein mögen, ſoll damit nicht bezweifelt werden; aber die directe Klagbarkeit eines auf entgeltliche Erweiſung von Dienſtleiſtungen gerichteten Vertrags gehört jedenfalls erſt den letzten Jahrhunderten der Republik an, und ſie beſchränkte ſich zudem lange Zeit hindurch auf Dienſtleiſtungen niederer Art (operae locari solitae) — Kunſt und Wiſſenſchaft treten erſt ſpät in den Kreis des Rechts ein.

Wie es nun die ältere Zeit noch nicht zu der Ablöſung der einzelnen Arbeit von dem Arbeiter, ſo hat ſie es auch noch nicht zu der der einzelnen Gebrauchshandlung von der Sache gebracht. Wie der Arbeiter, ſo zu ſagen, nichts iſt als der Inbegriff, die Summe von zukünftigen, einzelnen Leiſtungen, ſo die Sache der reale Niederſchlag, die von der Natur gegebene Concentration einer Reihe von in der Zukunft möglichen Dienſtleiſtungen derſelben; der Werth beider iſt im Grunde nichts anderes als die nach Grundſätzen des Disconto berechnete Summe der ſämmtlichen während ihrer Exiſtenz möglichen Dienſte nach Abzug der Gewinnungskoſten. Der Kaufpreis iſt die Escomptirung des geſammten wahrſcheinlichen Miethzinſes. Hat nun die Sache nur darum einen Werth, weil ſie die Summe dieſer einzelnen Dienſtleiſtungen iſt, ſo bilden letztere eine Quote dieſes Werths, und in wirthſchaftlicher wie rechtlicher Beziehung müßte von den Nutzungen einer Sache ganz dasſelbe gelten, wie von der Sache ſelbſt, das Recht müßte alſo nicht bloß die entgeltliche Überlaſſung, ſondern auch die Vorenthaltung, Störung oder verzögerte Überlaſſung der Nutzungen auf gleiche Linie ſtellen mit dem Verkauf,

der Vernichtung, Beſchädigung der Sache ſelbſt. Allein dieſe idealen Partikeln der Sache, dieſelbe als Summe einzelner Gebrauchsakte gedacht, fallen nicht gleich der Sache ſelber in den Raum, ſondern lediglich in die Zeit, und dieſe Verſchiedenheit, die das geübte Auge nicht beirrt, wird doch für die materialiſtiſche Anſchauungsweiſe ſehr einflußreich.[596])

Die Entziehung der Nutzungen einer Sache kann theils den Charakter eines Delicts (furtum usus) annehmen, theils bei Gelegenheit eines anderen auf Reſtitution der Sache ſelbſt gerichteten Verhältniſſes (in rem und in personam actiones) Grund eines acceſſoriſchen Anſpruches werden (omnis causa und mora). Daß nun das furtum usus ſpäteren Urſprunges iſt als das furtum rei, davon bin ich zwar feſt überzeugt, habe dafür jedoch keinen äußeren Beleg. Anders aber rückſichtlich des zweiten Falles. Hier läßt ſich meiner Anſicht nach poſitiv erweiſen, daß das ältere Recht auf entzogene Nutzungen, inſofern ſie ſich nicht ſubſtantiell d. h. als Früchte abgelöſt hatten, keine Rückſicht genommen hat. Denn bei den perſönlichen Klagen laſſen ſich dieſelben nur unter dem Geſichtspunkte des Intereſſes verfolgen, das ältere Recht aber kennt keine Liquidation des Intereſſes (S. 103 fl.), bei dinglichen Klagen aber kommen nur die Früchte in Anrechnung. Nun fallen zwar im neueren Recht auch die Nutzungen (als fructus civiles) unter den Fruchtbegriff,[597]) allein daß der urſprüngliche Umfang dieſes Begriffs ein engerer war und ſich auf die wirklichen Früchte beſchränkte, liegt ſchon im Namen, und jene Ausdehnung verräth meines Erachtens unverkennbar die ſpiritualiſtiſchere Auffaſſung einer ſpäteren Zeit. Der Grund, warum

596) Was Seneca de brevit. vit. c. 8 von der Beachtung der Zeit überhaupt ſagt, gilt von ihr auch in dieſer Richtung: fallit autem illos, quia res incorporalis est, quia sub oculos non venit ideoque vilissima aestimatur.

597) L. 62 pr. de R. V. (6. 1). Den erſten Anſtoß zu jener Ausdehnung mag die fructus licitatio beim interdictum uti possidetis gegeben haben; hier machte ſie ſich gewiſſermaßen von ſelbſt.

man in allen jenen Fällen die entzogenen Nutzungen nicht in Anrechnung bringen konnte, liegt nicht in der — von Niemand bisher klar definirten — Strenge des alten Rechts, ſondern in der Rohheit einer wirthſchaftlichen Anſchauung, der nur das ſichtbare und greifbare Object, die Sache ſelbſt und die Früchte, nicht aber das überſinnliche Stück der Sache: die zeitweiſe Möglichkeit ihres Gebrauchs als wirthſchaftliches Gut und als rechtlich zu verfolgendes Object erſchien. Hätte man den wirthſchaftlichen Werth desſelben richtig erkannt, ſo würde auch der Richter ihn haben zuerkennen müſſen. Was der Verkehr ſchätzt (magni facit), ſchätzt (aestimat) auch der Richter. Die richterliche aestimatio enthält den rechtlichen Ausdruck des wirthſchaftlichen Werthbewußtſeins der Zeit, beide können auf die Dauer nicht erheblich divergiren.

Das Reſultat der bisherigen Ausführung läßt ſich in den Satz zuſammen faſſen: das einzige wirthſchaftliche Object, das auf dem Gebiet des älteren Rechts ſichtbar wird, iſt die Sache und auch dies nur beſchränkt, nämlich nur als Gegenſtand dauernder, nicht aber vorübergehender Überlaſſung, als Gegenſtand des Kauf- und Tauſchcontracts, nicht des Miethcontracts.

Der Tauſchverkehr, mit juriſtiſchem Auge angeſehen, iſt keine Circulation der Sachen, ſondern eine Übertragung von Rechten. Die Sache ohne das Recht iſt werthlos, der Werth einer Sache wird nicht lediglich durch ihre ökonomiſche Brauchbarkeit, Verwendbarkeit beſtimmt, ſondern weſentlich dadurch, daß und wie ihre Verwendung rechtlich geſichert iſt. Das Recht iſt ein weſentlicher Factor des Werthbegriffs, darum leiden alle Werthe bei einer Revolution, und darum ſteigen ſie wieder, wenn das Vertrauen zur Rechtsſicherheit zurückkehrt. Übertragung einer Sache iſt juriſtiſch Übertragung des Rechts, der Güterverkehr juriſtiſch Begründung, Übertragung, Aufhebung von Rechten.

Die Richtigkeit dieſer Bemerkung ſpringt überall, wo es die Beſtellung oder Übertragung eines anderen Rechts an der Sache

als des Eigenthums gilt, ſofort in die Augen. Anders bei der Übertragung des Eigenthums, da Recht und Sache ſich hier decken. Äußerlich geht hier die Sache über, und eine an der äußeren Erſcheinung klebende Auffaſſung kann über dieſem äußern Vorgang leicht den innern, den Übergang des Rechts, überſehen oder ihn mit letzterm verwechſeln. So that es das ältere römiſche Recht. Eigenthumsübertragung war ihm nicht Übertragung des Eigenthums, ſondern der Sache. Die Übertragung des Rechts ſelbſt als eines von dem bisherigen Innehaber zu löſenden Dinges von objectiver idealer Exiſtenz war ihm zu ſpitz, zu abſtract; den Hergang bei der Eigenthumsübertragung dachte es ſich in der Weiſe, daß der bisherige Eigenthümer die Sache aufgab und der neue ſie ergriff. Bei der mancipatio ſowohl wie bei der in jure cessio leitet der neue Erwerber nicht das Recht des bisherigen Eigenthümers auf ſich über, ſondern er nimmt ſich die Sache, die Rolle, die letzterem zufällt, iſt die rein negative, dies zu dulden, zurückzutreten (cedere in jure, entſprechend das deutſche abtreten = fortgehen, weichen). Bei der Tradition hat es ſich urſprünglich nicht anders verhalten.

Wenn aber das ältere Recht keine eigentliche Succeſſion, d. h. keinen Eintritt in das Recht, ſondern nur in die Sache eines Andern gekannt hat, ſo heißt das: alle Rechte mit Ausnahme des Eigenthums ſind in alter Zeit praktiſch unübertragbar geweſen, denn eine Succeſſion in die Sache war nur beim Eigenthum möglich, weil nur bei ihm Sache und Recht ſich deckten. Man wird dieſer Behauptung das Daſein der Univerſalſucceſſion entgegenſetzen. Allein bei ihr erfolgt der Eintritt nicht in die einzelnen Rechte, ſondern in die Geſammtperſönlichkeit des Erblaſſers oder, um dieſen neuerdings angefochtenen Ausdruck zu vermeiden, der Erbe wird in allen Beziehungen Repräſentant des Erblaſſers (loco defuncti), unſere Behauptung aber bezieht ſich nur auf die Unübertragbarkeit der einzelnen Rechte (Singularſucceſſion). Nun kennt das neuere römiſche Recht allerdings neben den Verhältniſſen, bei denen es an dieſer

Unübertragbarkeit fortdauernd feſtgehalten, nämlich dem Mancipium, der Obligation, den Servituten und der Erbſchaft (mit Ausnahme der deferirten hereditas legitima) auch ſolche, für die es eine Übertragung zuläßt, nämlich die Übertragung der väterlichen Gewalt, der Tutel, die gerichtliche Abtretung der deferirten hereditas legitima. [598]) Allein gerade die Art und Weiſe, wie es den Übergang hier bewerkſtelligt, ihn künſtlich mit ſeiner Anſchauungsweiſe vermittelt, ſetzt letztere ſelbſt in ein helles Licht. In allen dieſen Fällen greift es nämlich zur in jure cessio, gibt alſo der Sache die Wendung, daß der Cedent ſein Recht nicht *überträgt*, ſondern zur gerichtlichen Anerkennung des gegneriſchen Rechts ſchweigt; der Andere gerirt ſich als Prätendent aus eigenem Recht und der bisherige Berechtigte räumt den Platz, als komme ihm das Recht gar nicht zu. Ganz ſchlagend tritt dieſer Vorgang im Fall der Adoption hervor, [599]) hier hat der dreimalige, beziehungsweiſe einmalige Scheinverkauf ins Mancipium geradezu den erklärten Zweck, die väterliche Gewalt zu *vernichten*, damit hinterher der Ceſſionar als Vindicant aus eigenem Recht auftreten könne.

Ich werde an einer anderen Stelle verſuchen, für den ſo eben begründeten Satz von der Unübertragbarkeit der Rechte noch

598) Daß der Innehaber der patria potestas das Kind einem Anderen ins mancipium oder in die manus geben, und ebenſo der Ehemann als Innehaber der manus die Frau durch Remancipation in das Mancipium bringen konnte, berührt meine obige Behauptung nicht, denn hier wird nicht das *bisherige* Herrſchaftsverhältniß übertragen, ſondern ein *neues*, das bisherige nicht ſowohl beſchränkendes, als vielmehr aufhebendes und die Perſon in ihrer Totalität ergreifendes Herrſchaftsverhältniß begründet. Auch hier wird aber nicht ein Recht *an* der Perſon, ſondern die Perſon ſelbſt übertragen, oder wenn wir für Perſon und Sache einen gemeinſamen Namen wählen, es wird übertragen der *Gegenſtand*.

599) Wie v. *Scheurl* in ſeiner dissert. de modis liberos in adoptionem dandi. Erlangae 1850 treffend nachgewieſen hat. Er vergleicht den Hergang mit der Delegation, die bekanntlich nicht ſowohl eine *Übertragung* der Obligation, als vielmehr Untergang der alten und Errichtung einer neuen iſt.

einen ferneren Erklärungsgrund zu gewinnen, an der gegenwärtigen Stelle genügt es, seinen Zusammenhang mit dem Materialismus der ältern Rechtsansicht aufzudecken. Oder richtiger gesagt, es bedarf dessen nicht, denn derselbe liegt auf offner Hand. Ein Eintritt in fremde Rechte mag uns immerhin noch so natürlich erscheinen, der ganze Vorgang beruht nichts desto weniger auf Abstraction, er geht rein auf dem Gebiete des Gedankens vor sich, das natürliche Auge sieht ihn nicht. Ganz anders, wenn der Gegenstand selbst (Sache oder Person) übertragen wird, hier ist ein sichtbares Object vorhanden, dessen Übergang aus der einen Hand in die andere mit den Augen wahrgenommen werden kann. [600])

Eine Spur dieser alten Auffassung, von der sich im übrigen das neuere römische Recht mehr und mehr emancipirt hat, ist noch erhalten in der von Justinian in seinen Institutionen adoptirten und dadurch zu großer Celebrität gelangten Classification der Dinge in res corporales und incorporales. [601]) Während alle übrigen Rechte zur letzteren Classe gestellt werden, figurirt hier das Eigenthum als res corporalis. Über die Verkehrtheit dieser Identificirung des Eigenthums mit seinem Gegenstande sollte man meiner Ansicht nach nicht getheilter Meinung sein können. Das Eigenthum ist ebensowohl eine res incorporalis wie die übrigen dinglichen Rechte, und bei der Übertragung desselben geht juristisch nicht die res corporalis, sondern das Recht, die res incorporalis, über. Nichts desto weniger hat dieser systematische Fehler eine historische Wahrheit, denn er enthält eben den völlig adäquaten Ausdruck der entwickelten älte-

600) Es läßt sich hier die Stelle von Quintilian Inst. O. V, 10 § 111 sq. benutzen, worin er die Frage untersucht, ob Forderungen Gegenstand der occupatio bellica sein können. Dabei heißt es in § 116: non potuisse donari a victore jus, quia id demum sit ejus, quod teneat; jus, quod sit incorporale, apprehendi manu non posse . . . ut alia sit conditio heredis, alia victoris, quia ad illum jus, ad hunc res transeat.

601) Pr. I. de reb. incorp. (2. 2). Ulp. XIX § 11 L. 14 pr. de serv. (8. 1) L. 1 § 1 de R. D. (1. 8).

ren Vorstellungsweise, wonach beim Eigenthum die Sache das Recht verdeckte. [602])

So erscheint also nach unsern bisherigen Ausführungen der Werth-, Frucht- und Successionsbegriff ursprünglich ganz angelehnt an die Sache, während er im neueren Recht sich von ihr abgelöst hat. Diese Beobachtung führt von selbst zu der Frage, ob sich dieselbe Erscheinung nicht auch rücksichtlich anderer Begriffe wiederhole, und in der That brauchen wir nicht lange zu suchen. Alle Begriffe und Verhältnisse, die im spätern Recht außer an Sachen auch an andern Gegenständen vorkommen, haben in der Sache ihren ursprünglichen und natürlichen Ausgangspunkt gehabt. So zuerst der Besitz. Die primitive Form desselben ist der Sachenbesitz, der Quasibesitz ist ungleich jüngeren Ursprunges, ja er ist bei den Römern nicht einmal zur völligen Reife der Entwicklung gelangt. Sodann das Pfandrecht. Ursprünglich beschränkt auf Sachen ist es im spätern Recht auf alle Rechte ausgedehnt, die einen Geldwerth haben und sich irgendwie übertragen lassen, z. B. Forderungen und Nießbrauch. [603]) Von den Universalklagen: der hereditatis petitio, dem interdictum quorum bonorum, dem interd. possessorium des bonorum emtor geht die erstere zur Zeit der classischen Juristen auch gegen juris possessores; daß sie ursprünglich nur gegen die Besitzer erbschaftlicher Sachen gerichtet war, wird um so weniger beanstandet werden, als diese Beschränkung bei den beiden letztern sich auch noch in späterer Zeit erhalten hat. [604])

602) Interessant ist auch die Erscheinung, auf die Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts S. 6 aufmerksam macht, daß der römische Sprachgebrauch „die Thatsache nennt statt des Rechts auf dieselbe", z. B. pignus (das Pfand und Pfandrecht), superficies (das Haus und das Recht darauf), iter, via (der Weg und die Weggerechtigkeit) u. a. m.

603) So auch das pignus in causa judicati captum. Die Bedeutung des Fortschritts vom verus ususfructus zum quasi ususfructus nebst den entsprechenden Erscheinungen des Obligationenrechts (depositum irregulare, locatio irreg. u. a.) kann ich erst im dritten System klar machen.

604) L. 2 quor. bon. (43. 2). S. auch Note 584b über das interd.

Schließlich und vor allem ist aber die Obligation hervorzuheben. Für sie bildete die Sache ursprünglich sowohl das Fundament, den Grund, als den Zweck, den Gegenstand des Anspruchs. Jenes — denn der Grund einer jeden Obligation im Sinn des älteren Rechts[605] ist der Umstand, daß der Schuldner vom Gläubiger etwas (res) erhalten (de-habet = debet), letzterer ihm etwas gegeben hat (cre-dedit = credidit), sei die Hingabe wirklich erfolgt (Realcontract) oder nur rechtlich angenommen (Literal- und Verbalcontract). Dieses — jede Obligation geht im ältern Recht auf ein dare, das Geben einer Sache, rem persequitur; in dem Ausdruck actio rei persequendae causa, der später auch die obligationes faciendi umfaßt,[606] ist res wie in dem quanti ea res est ursprünglich im wörtlichen Sinn gebraucht gewesen. Die nähere Ausführung bleibt einer späteren Stelle vorbehalten. An keinem Verhältniß bewährt sich der Spiritualismus des neuern römischen Rechts in dem Maße wie an der Obligation. Sie hat sich von der res nach beiden Seiten hin frei gemacht, es bedarf für sie des Gebens weder als Grundes noch als Gegenstandes der Leistungspflicht, und der neuere Verkehr operirt mit diesem unsichtbaren Object mit derselben Leichtigkeit und Sicherheit wie der alte mit der körperlichen Sache. So kann z. B. ein Versprechen und eine Klage wie auf Hingabe eines körperlichen, so auf Leistung eines unkörperlichen Objects (Abschluß eines Contracts),[607] wie auf Rückgabe jenes, so auf Rückgabe dieses (Liberation) gerichtet werden. So kann man schenken, erfüllen, liberiren, Auslagen machen u. s. w. statt durch Sachen durch Übernahme einer Obligation. Die be-

fraudatorium. Im Justinianischen Recht ist selbst die immissio in possessionem oder das pignus praetorium auf Forderungen ausgedehnt, L. 1 Cod. de praes. pign. (8. 22).

605) Der Anspruch des durch ein Delict Verletzten fiel ursprünglich nicht unter den Gesichtspunkt der Obligation, sondern den der Rache, § 11a.

606) § 17 I. de act. (4. 6) . . rei persequendae causa comparatae videntur veluti . . . commodati, depositi, mandati, pro socio u. s. w.

607) So z. B. damnatus vendere vel locare L. 44 de solut. (46. 3).

ſtehende Obligation kann verkauft, verpfändet, legirt, cedirt, durch den Richter mit Beſchlag belegt, durch das Geſetz transferirt werden — kurz ſie fungirt im Verkehr der neueren Zeit ganz ſo wie in dem der älteren die Sache.

Als Gewinn der bisherigen Ausführungen dürfen wir den Satz bezeichnen, daß die ſinnliche Vorſtellungsweiſe der ältern Zeit ſich auch im Recht nicht verläugnet hat. Daß dieſer Zug derber Sinnlichkeit, mit dem das Recht nur der Zeit ſeinen Tribut bezahlt hat, dieſe ſubſtantielle Schwere, dieſer maſſive Zuſchnitt ſeiner Verhältniſſe und Begriffe die ſcharfe juriſtiſche Erfaſſung und Durchbildung derſelben nicht im Mindeſten gehemmt oder beeinträchtigt hat, davon werden wir im Verlauf der Darſtellung oft genug Gelegenheit haben uns zu überzeugen.

## II. Das Haften am Wort.

**Der Gedanke und das Wort — grammatiſche und logiſche Interpretation — Verhältniß der alten Jurisprudenz zu dieſem Gegenſatz — ſtrenge Wortinterpretation der Rechtsgeſchäfte — freiere der Geſetze — tendentiöſes Element derſelben.**

In omni denique jure civili verba ipsa tenuerunt.
Cic. pro Murena c. 12.

XLIV. Das Haften am Wort iſt eine von den Erſcheinungen, durch die ſich die Unreife geiſtiger Entwicklung wie überall ſo auch im Recht kennzeichnet, und die Rechtsgeſchichte könnte über ihr erſtes Kapitel den Satz „im Anfang war das Wort" als Motto ſchreiben. Allen ungebildeten Völkern erſcheint das Wort, ſowohl das geſchriebene wie das geſprochene ſolenne Wort (die Formel) als etwas Geheimnißvolles, der naive Glaube ſchreibt ihm übernatürliche Kraft zu. Nirgends war dieſer Glaube an das Wort mächtiger als im alten Rom. Der Cultus des Worts geht durch alle Verhältniſſe des öffentlichen und Privatlebens, der Religion, Sitte und des Rechts hindurch.[608]) Das Wort iſt

608) Eine reiche Materialienſammlung gewährt das bekannte Werk von Brissonius de vocibus ac formulis.

dem alten Römer eine Macht, es bindet und löst, und es hat, wenn auch nicht die Kraft, Berge, so doch Früchte auf ein fremdes Feld zu versetzen,[609]) ja sogar die Gottheit vom Himmel auf die Erde zu ziehen (devocare) und aus der belagerten Stadt heraus zu treiben (evocatio deorum), kurz „der Formel wohnt", um mich der Worte eines neuen Alterthumsforschers zu bedienen, „nicht bloß die Kraft des menschlichen Willens, sondern eine höhere, eine göttliche und darum auch die Götter bindende Kraft bei." Mit welcher Strenge und Pedanterie daher die alte Jurisprudenz immerhin auf ihrem Gebiet das Wort handhaben mochte, sie gerieth dadurch mit der nationalen Denkweise in keinen Widerspruch, ja im Gegentheil es gab eine Zeit, und sie dauerte lange, wo dieselbe Wortklauberei der Juristen, die späterhin ein so dankbarer Stoff für die Persiflage eines Cicero ward und selbst aus dem Munde von Juristen und Kaisern ihr Verdammungsurtheil hören mußte,[610]) in den Augen des Volks, weit entfernt den Ju-

609) Die XII Tafeln enthielten gegen den Versuch einer solchen Anwendung der Zauberspräche Strafbestimmungen, Plin. Hist. Nat. XXVIII, 4: qui fruges excantasset. Über die dem Wort beigelegte mystische Kraft siehe vor allem die classische Stelle bei Plinius H. N. XXXVIII, 3—5. Noch in der späteren Zeit spielen die Zauberspräche eine große Rolle, s. z. B. Apulejus (ed. Bip.) Metam. I p. 10, de magia oratio II, p. 52 virtutes . . violentia cantionum.

610) Gaj. IV § 30: nimia subtilitas veterum; Constantin in L. 1 Cod. de form. subl. (2. 58): Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes, namentlich aber Cicero z. B. pro Caecina c. 23: aucupia verborum et literarum tendiculas; de off. I c. 10, pro Murena c. 11—13, de orat. I, 55: praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum. Keiner nahm übrigens wohl einen für das Verständniß jenes Wort- und Formelwesens so ungeeigneten Standpunkt ein als Cicero. Denn ganz abgesehen von seiner unverkennbaren Tendenz, die Jurisprudenz im Interesse der Redekunst zu erniedrigen, einer Tendenz, die ihn eingestandenermaßen bei seiner Rede pro Murena zu seiner bekannten Diatribe gegen die Juristen verleitete, so mußte einem Redner, wie ihm, dem man alles andere eher vorwerfen kann als Ängstlichkeit im Gebrauch seiner Worte, oder gar einem Literaten, wie Mommsen ihn nennt, jenes peinliche und scrupulöse Abwägen der Worte von Seiten der Juristen doppelt anstößig sein.

riſten zum Vorwurf zu gereichen, als Beweis des Scharfſinns und der Überlegenheit galt, und wo die entgegengeſetzte freiere Interpretation, welche die ſpätere Jurisprudenz namentlich bei den Verträgen des jus gentium zur Anwendung brachte, nicht bloß auf kein Verſtändniß, ſondern auf die entſchiedenſte Oppoſition hätte rechnen müſſen. Es gehörten viele Jahrhunderte dazu, um die Jurisprudenz ſowohl wie das Volk in dieſer Beziehung umzuſtimmen und für eine freiere Art der Auslegung zu gewinnen.

Die Herrſchaft des Wortes im ältern Recht äußert ſich nach zwei Seiten hin, oder, was dasſelbe ſagen will, der Wille iſt rückſichtlich des Gebrauchs der Worte in doppelter Weiſe beſchränkt. Einmal nämlich darin, daß ihm die Wahl derſelben bis zu einem gewiſſen Grade völlig entzogen iſt, indem die gültige Vornahme der verſchiedenen Rechtsgeſchäfte an den Gebrauch gewiſſer Stichworte oder ſtehender Formeln gebunden iſt. Andererſeits aber darin, daß, wenn auch die Wahl der Worte für die Faſſung des concreten Willensinhalts ihm ſelbſt überlaſſen iſt, es dabei doch der peinlichſten Genauigkeit und Achtſamkeit bedarf, indem vermöge des Princips der Wortinterpretation nur das als geſetzt und gewollt gilt, was direct und ausdrücklich geſagt iſt. In der erſten Richtung handelt es ſich um eine typiſche, abſtracte, in der zweiten um die individuelle, concrete Form, und wir könnten daher von zwei formaliſtiſchen Beſchränkungen ſprechen und beide mit dem Zuſatz abſtract und concret unter dem Ausdruck Formalismus zuſammenfaſſen. Da jedoch der Sprachgebrauch dieſem Ausdruck einmal eine ausſchließliche Beziehung auf das erſte Verhältniß gegeben hat, ſo ſtehe ich um ſo eher davon ab, als mir ein ſolches Bedürfniß der Zuſammenfaſſung beider unter einen Namen überhaupt nicht vorhanden zu ſein ſcheint. Beide verhalten ſich, wenn ſie auch derſelben Quelle entſtammen, doch im übrigen völlig ſelbſtändig gegen einander; der Formalismus kann ohne die Wortinterpretation vorkommen (man denke z. B. an unſer heutiges Teſtament, deſſen Einrichtung an beſtimmte

Formen geknüpft ist, und dessen Bestimmungen doch völlig frei zu interpretiren sind) und umgekehrt letztere ohne ersteren.

Die gemeinsame Quelle, aus der beide hervorgehen, ist meiner Ansicht nach das *subjective Haften an der äußern Erscheinung*. Beide charakterisiren sich durch die Präponderanz des äußern über das innere Moment, der Form über den Inhalt; die subjective Stimmung, die dieser objectiven Thatsache entspricht, und in der mithin ihr historisches Motiv zu suchen ist, besteht in der Richtung des Geistes auf die Äußerlichkeit, also in der Sinnlichkeit der Anschauungsweise. Die Richtigkeit dieser Auffassung rücksichtlich des Formalismus kann erst in § 45 nachgewiesen werden, rücksichtlich der Wortinterpretation, der unsere gegenwärtige Betrachtung gewidmet ist, wird sie sich aus der folgenden Ausführung über das *Verhältniß des Wortes zum Gedanken* ergeben.

Die Art und Weise, wie das Wort den Gedankenaustausch vermittelt, kann man sich in doppelter Weise denken, und auf dieser Verschiedenheit beruht die Möglichkeit jener zwiefachen Art der juristischen Interpretation, für die man den wenig zutreffenden Namen der *grammatischen* und *logischen* gewählt hat.[610a])

Es klingt paradox, wenn ich die Frage aufwerfe, ob das Wort überhaupt im Stande ist, den Gedanken *wieder zu geben*, und doch ist diese Frage nicht bloß zu erheben, sondern sogar zu verneinen. Der Gedanke ist ein innerer Vorgang des subjectiven Geisteslebens, eine Thätigkeit, eine Bewegung, eine *Denkwelle* — eine Bewegung aber läßt sich nicht objectiviren. Nur um *den* Preis also kann der Gedanke aus dem Schooß der subjectiven In-

---

610a) Das Beste über diesen Unterschied findet sich bei *Kierulff* Theorie des Civilrechts S. 21 fl., allein auf den letzten Grund desselben ist auch er nicht eingegangen; die Darstellungen in den meisten Pandektencompendien sind ungenügend, und auch das speciell auf den Zweck gerichtete Werk von *Lang*, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts hat die Sache im Mindesten nicht gefördert.

nerlichkeit in die Außenwelt treten, daß er sein eigentliches Wesen einbüßt, d. h. daß er erstarrt; der ausgesprochene Gedanke ist, so zu sagen, gefrorenes Denken.[610b]) Nur im uneigentlichen Sinn können wir daher von einer Mittheilung oder Übertragung des Gedankens sprechen; übertragen wird nicht der Gedanke selbst, sondern das Wort gewährt nur den Anstoß und die Möglichkeit eines ähnlichen Denkvorganges, der Reproduction einer ähnlichen geistigen Bewegung in der Seele des Hörers, wie in der des Sprechenden. Sprechen heißt eine Bewegung hervorrufen, eine physische in der Luft, eine geistige im Kopfe des Hörers. So wenig wie die Luftwelle das Wort weiter trägt, etwa wie der Wind das Blatt, sondern wie das Wort, das wir vernehmen, nichts ist als Schwingung der Luftwelle, ebensowenig trägt das Wort den Gedanken als seinen geistigen Inhalt zu uns herüber, sondern es bewirkt nur, wenn es bei uns Verständniß findet, eine der des Redenden mehr oder minder conforme Schwingung unsers Geistes. Das Wort ist nichts objectiv Vorhandenes, nicht der gefesselte Gedanke in seiner Objectivität, sondern physikalisch wie intellectuell nichts als ein Vorgang, ein Akt, eine Einwirkung auf Gehör und Gehirn, ein Stoß, den der Eine führt, um diese beiden Organe beim Andern in eine bestimmte Thätigkeit zu versetzen. Einen Gedanken in dem Andern hervorzurufen, dazu ist oft ein Blick, ein Händedruck, eine Geberde, ein Wink eben so gut im Stande als das Wort; der beste Beweis, daß die Möglichkeit der geistigen Mittheilung nicht auf der Nothwendigkeit der adäquaten Objectivirung des Gedankens im Wort beruht — denn was hat sich in jenen Zeichen objectivirt? und wie unendlich weit bleiben auch bei dem wörtlichen Gedankenausdruck die gebrauchten Worte hinter dem Gedanken zurück, ohne daß dadurch die Treue und Vollständigkeit seiner

610b) Ich kann es mir nicht versagen an den Ausdruck, den Schiller in den Votivtafeln diesem Gedanken gegeben hat, zu erinnern:

Warum kann der lebendige Geist dem Geist nicht erscheinen?
Spricht die Seele, so spricht ach! schon die Seele nicht mehr.

Reproduction in der Seele des Andern im mindeſten beeinträchtigt würde — ſondern auf einem Impuls zum verwandten Denken. Das Princip der Mittheilung iſt bei der durch Worte ganz dasſelbe, wie bei der durch Zeichen; das eine Mittel iſt vollkommen, das andere unvollkommen, aber ſie *wirken* in derſelben Weiſe, beide geben nicht den Gedanken ſelbſt, wenn auch die Formulirung desſelben eine noch ſo genaue iſt, ſondern ſie gewähren nur die Aufforderung und den Anhaltspunkt, ſich ihn zu *reconſtruiren*.

Eben darum aber genügt in beiden Fällen nicht ein bloß paſſives Verhalten, ein bloßes *Entgegennehmen* eines Gegebenen, denn das Gegebene iſt nicht das, was man geben will, ſondern es ſoll nur als Mittel für den Andern dienen, ſich das, was er haben ſoll, bei richtigem Gebrauch zu verſchaffen; es bedarf vielmehr einer *Selbſtthätigkeit* von ſeiner Seite. Hier ſcheiden ſich nun die grammatiſche und logiſche Interpretation. Erſtere entzieht ſich dieſem Anſinnen einer ſelbſtthätigen Verwendung des Gegebenen, ſie *bleibt* bei letzterem, d. h. *bei den Worten ſtehen*, wie es die Sprache ganz treffend ausdrückt. Sie betrachtet alſo die Worte als das, was ſie nie ſind und ſein können, als den Gedanken ſelbſt in ſeiner Sichtbarkeit und Objectivität oder, was dasſelbe iſt, als das ausſchließlich in Betracht kommende *Surrogat* desſelben. Letztere hingegen geht dem wahren Weſen der Gedankenmittheilung gemäß, um mich auch hier des ganz bezeichnenden Ausdrucks der Sprache zu bedienen, *über die Worte hinaus*, d. h. ſie verſetzt ſich in die Seele des Redenden, ſucht den Gedanken gewiſſermaßen in ſeiner Heimath auf. Der Schauplatz *ihrer* Thätigkeit iſt die Seele des Redenden, der Schauplatz *jener* das nackte Wort. Was nicht in den Worten liegt, exiſtirt für ſie nicht, weil es ſich nicht im Wort verkörpert hat. Sie hält ſich, wie die Sprache es nennt, an das *todte* Wort; *todt*, weil es ihr nicht dient, um das Denken des Sprechenden in ſich zu reproduciren, den Gedanken zu neuem Daſein zu erwecken, ſondern weil es ihr nichts weiter iſt als die

Todtenmaske des Gedankens. Ihr einziges Augenmerk ist nur darauf gerichtet, den Sinn anzugeben, den die Worte als solche nach Maßgabe des Sprachgebrauchs haben, den objectiven Wortgehalt; ob derselbe der wirklichen Meinung des Redenden entspricht, ist für sie gleichgültig und muß ihr gleichgültig sein, wenn sie sich nicht selbst verläugnen will.

Der Gegensatz beider Auffassungsweisen läßt sich demgemäß mit den Ausdrücken objectiv und absolut für die eine, und subjectiv und relativ für die andere bezeichnen. Letztere setzt das Wort in Verbindung mit seinem Urheber und gibt unter Zuhülfenahme von sonstigen Momenten an, was dieses Subject in diesem Verhältniß, unter diesen Umständen damit hat sagen wollen, bestimmt also am letzten Ende die Kraft und Bedeutung des Wortes nicht aus ihm selber, sondern anderswoher. Ihre ganze Aufgabe läßt sich in das eine Wort zusammenfassen: Vergegenwärtigung der Situation, in der das Wort gesprochen, das Zeichen gegeben wurde. In dieser Situation, d. h. in dem Verhältniß der Personen, in dem Zweck, der sie zusammenführte, in Zeit, Ort u. s. w. liegt der Schlüssel zum Verständniß des äußern Zeichens; je nachdem sie beschaffen, bestimmt sich die Wahl der nöthigen Verständigungsmittel — in dieser Situation (unter Bekannten, zwischen Herr und Dame) kann ein Wort mehr sagen als in jener (unter Unbekannten) hundert. Darauf beruht es, daß bei dieser Art der Auslegung dasselbe Wort und derselbe Satz je nach Verschiedenheit der Situation einen ganz verschiedenen Sinn haben kann. Bei der andern Art ist dies nicht möglich; für sie, die das Wort als etwas Selbständiges, von der Subjectivität des Redenden und den mitwirkenden Umständen Unabhängiges, rein aus und durch sich selbst zu Bestimmendes betrachtet, muß dasselbe Wort, derselbe Satz, von wem und unter welchen Verhältnissen er auch gebraucht werde, immer dieselbe Bedeutung haben.

Über das Werthverhältniß jener beiden Interpretationen zu einander kann nach dem bisherigen kein Zweifel obwalten. Dem

Weſen der geiſtigen Mittheilung entſpricht allein die logiſche Interpretation; ſie legt dem Wort keine andere Function und keinen andern Werth bei, als den es einmal hat. Wäre die Annahme, von der die grammatiſche Interpretation ausgeht, daß nämlich der Gedanke als ſolcher ſich wiedergeben läßt, in Wahrheit begründet, ſo würde letztere freilich unbedingt den Vorzug verdienen. Denn ganz abgeſehen von der geringeren Anforderung, die ſie an den Interpreten ſtellt, hat ſie den Vorzug der Einfachheit, Leichtigkeit und damit den der größeren Sicherheit voraus. Bei ihr bedarf es nicht erſt eines Suchens und Operirens, keiner Schlußfolgerungen und künſtlicher Deductionen, wie bei der logiſchen Interpretation, ſondern ſie hält ſich gläubig an das, was unmittelbar vorliegt, an die äußere Erſcheinung. Aber letztere — und damit fällt jener ſcheinbare Vorzug der Sicherheit zuſammen — iſt oft höchſt trügeriſch, unzuverläſſig, unwahr, das Wort iſt dem Gedanken gegenüber bald zu weit, bald zu eng; jene Sicherheit kommt alſo eben ſo wohl dem Irrthum als der Wahrheit zu gute.

Aus dem Bisherigen erklärt es ſich, warum die grammatiſche Interpretation hiſtoriſch überall der logiſchen vorangeht. So befremdend es erſcheinen mag, daß gerade *diejenigen* Zeiten es mit dem Wort am ſtrengſten nehmen, die desſelben am wenigſten mächtig, mithin am wenigſten befähigt ſind, die Vorausſetzung der grammatiſchen Interpretation, daß die Worte einen getreuen Ausdruck des Gedankens enthalten, zur Wahrheit zu machen, ſo ſehr entſpricht doch dieſer Wortcultus andererſeits dem Charakter ihrer ganzen Bildungsſtufe. Der Glaube an die äußere Erſcheinung iſt das Urſprüngliche, Natürliche, die Skepſis und die Losreißung von der Erſcheinung das Spätere. Das Wort iſt das Greifbare, Unmittelbare, der Geiſt das Unſichtbare, Mittelbare, das *Greifen* aber iſt, wie überall, ſo auch beim Wort dem *Begreifen* vorausgegangen. Die Emancipation vom Wort iſt erſt dann an der Zeit, wenn der Geiſt die erforderliche Kraft gewonnen hat, um mit Sicherheit operiren zu können. Zu dieſer

Höhe hatte sich aber, wie wir bereits wissen, der römische Geist im ältern Recht noch nicht aufgeschwungen; die Stufe, die er hier einnimmt, ist die des Haftens an der äußern Erscheinung, also der Wortinterpretation.

Bei unserer Darstellung trennen wir die Interpretation der Rechtsgeschäfte von der der Gesetze. An und für sich zwar macht es für die Interpretation keinen Unterschied, ob der Gegenstand derselben ein Gesetz oder ein Rechtsgeschäft ist, und diese Erwägung hat mich lange verleitet, beide auch für das ältere Recht auf eine Linie zu stellen, allein es wird sich zeigen, daß diese Annahme eine irrige ist.

## 1. Interpretation der Rechtsgeschäfte.

Bei den Rechtsgeschäften begegnen uns im spätern Recht beide Arten der Interpretation, die eine bei denen des strengeren, die andere bei denen des freieren Rechts. Die Juristen drücken diesen Gegensatz aus als den des Wortes und des Willens oder Inhalts,[611]) Cicero[612]) charakterisirt ihn als Streiten mit Buchstaben, als Unbilligkeit, strenges, verschlagenes Recht, als chicanöse Auslegung auf der einen, und Beachtung der wahren

611) L. 219 de V. S. (50. 16): In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit L. 11 § 19 L. 18 de leg. III (32) (bei Fideicommissen) L. 3 § 9 de adim. leg. (34. 4) ... sensum magis, quam verba.

612) pro Caecina c. 23: Si contra verbis et literis et ut dici solet summo jure contenditur, solent ejusmodi iniquitati boni et aequi nomen dignitatemque opponere ... tum aucupia verborum et literarum tendiculas in invidiam vocant, tum vociferantur, ex aequo et bono, non ex callido versutoque jure rem judicari oportere: scriptum sequi calumniatoris esse, boni judicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere; pro Murena c. 12: In omni denique jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt; de off. I, 10: Existunt etiam saepe injuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa juris interpretatione. Ex quo illud: summum jus, summa injuria.

Willensmeinung des Sprechenden, als billiges Recht auf der anderen Seite.

Dem älteren Recht war dieſer Gegenſatz fremd. Die Verhältniſſe, bei denen die logiſche Interpretation Platz greift, ſind ſämmtlich erſt in ſpäterer Zeit klagbar geworden; rückſichtlich der Fideicommiſſe iſt dies bekannt, rückſichtlich der Verträge des jus gentium wird der Beweis an einer anderen Stelle erbracht werden; für das ältere Recht bleibt demnach nur die Wortinterpretation übrig.

Um ein zutreffendes Bild von ihr zu entwerfen, dazu reichen unſere directen Quellenäußerungen nicht aus, denn ſie beſchränken ſich auf eine ganz allgemeine Charakteriſtik derſelben als einer mit äußerſter Strenge und minutiöſer Peinlichkeit verfahrenden Wortinterpretation (ſ. die Anm. 610). Dagegen gibt es für uns noch eine indirecte Quelle, welche dieſen Mangel vollſtändig erſetzt und es uns ermöglicht, unſere Schilderung durch Beiſpiele anſchaulicher zu machen, nämlich die Wortinterpretation des ſpäteren Rechts. Mag auch nicht das ganze Material, das wir hier vorfinden, der älteren Zeit entſtammen, mögen immerhin auch die ſpäteren Juriſten manches Einzelne erſt hinzugefügt haben, darüber, meine ich, wird wohl kein Zweifel ſein können, daß nicht bloß die Wortinterpretation ſelbſt, ihre ganze Methode und Weiſe, ſondern auch der größte Theil des Materials ein Vermächtniß der älteren Jurisprudenz iſt; und daß der Geiſt, in dem ſie gehandhabt ward, im Lauf der Zeit wohl ein milderer, unmöglich aber ein ſtrengerer geworden ſein kann.

Oberſter Grundſatz der Wortinterpretation, ſo wie ſie ſich in der ſpäteren Jurisprudenz erhalten hat, iſt, daß alles, was gewollt, ausdrücklich geſagt werden muß; was gewollt, aber nicht geſagt iſt, kommt nicht in Betracht, während umgekehrt was geſagt, aber nicht in dem Umfang gewollt iſt, wie es geſagt ward, gleichwohl in dieſem Umfange gilt, ungeachtet in beiden Fällen die Discrepanz des Wortes und Willens mit größter Sicherheit dargethan werden kann und auch dem Gegner nicht unbekannt ge-

blieben ist. Wer in seinem Testament seinen Sklaven zum alleinigen Erben einsetzt, gibt damit aufs unzweideutigste zu erkennen, daß er demselben auch die Freiheit zuwenden will, denn um Erbe zu werden, muß der Sklave frei sein. Allein frei werden und Erbe werden ist zweierlei, es handelt sich also um zwei an sich völlig von einander unabhängige Dispositionen, die Worte des Testators gehen aber nur auf eine derselben, folglich wird der Sklave weder frei, noch Erbe.[613] Wenn Jemand für den Fall, daß seine Kinder vor ihm sterben sollten, einen Andern zum Erben einsetzt, so ist offenbar seine Vorstellung die, daß im entgegengesetzten Fall die Kinder erben sollen; man könnte letztere also auf Grund dieser indirecten Berücksichtigung, auch ohne daß sie selbst ausdrücklich eingesetzt sind, aus dem Testament zur Erbschaft berufen. Allein sie sind nicht ausdrücklich eingesetzt, und folglich ist, da sie auch nicht ausdrücklich enterbt sind, das Testament nichtig.[614] Ähnliche Beispiele gewährt das Erbrecht in Menge, namentlich in der Lehre von der Exheredation und Präterition. Der Vater kann seine Kinder beliebig von der Erbschaft ausschließen, mithin auch unter einer Bedingung. Gesetzt nun, der Vater ernennt den Sohn unter einer casuellen Bedingung zum Erben, so ist offenbar seine Meinung, daß derselbe für den entgegengesetzten Fall ausgeschlossen sein soll. Allein er hätte dies ausdrücklich sagen müssen, denn Einsetzung und Enterbung ist zweierlei; — das Testament ist nichtig.[615] Wenn der Servitutberechtigte sich das Recht ausbedungen hat, den Weg repariren zu dürfen, so versteht es sich, sollte man sagen, von selber, daß er

613) § 2 I. quib. ex caus. (1. 6), worin Justinian zugleich die Änderung referirt, die er im Geist des neueren Rechts hier getroffen hat.

614) L. 19 de hered. inst. (28. 5) L. 16 § 1 de vulg. et pup. subst. (28. 6). Nach den meisten neueren Pandektenlehrbüchern und selbst nach dem von Puchta (§ 473 not. c) soll dieses Musterstück altrömischer Wortinterpretation noch heutzutage gelten! S. dagegen v. Bangerow, Pandekten § 449 Anm. 1.

615) So z. B. L. 83 de cond. et dem. (35. 1). Ein ähnliches Beispiel gewährt die cretio perfecta und imperfecta. Ulp. XXII, 34.

das erforderliche Material herbeiſchaffen darf, und dies erkennt auch die ſpätere römiſche Jurisprudenz an, allein in alter Zeit nahm man darüber einen ausdrücklichen Zuſatz in die Formel auf.[615a])

Es iſt Jemand dem Andern zur Eigenthumsübertragung (dare) eines Sklaven verpflichtet, der Sklave erkrankt und ſtirbt aus Mangel an Pflege oder ärztlicher Behandlung. Haftet der Schuldner dafür? Nein, denn er hat ſich nur zum dare, nicht zu einem facere verpflichtet.[616]) Der Verkäufer hat für den Fall der Entwährung der Sache die stipulatio dupli geleiſtet, es wird jetzt ein Theil evincirt, haftet er? Nein![617]) Wie rückſichtlich dieſes Punktes, ſo begränzen rückſichtlich aller anderen die Vertragsworte genau den Umfang der Verpflichtung;[618]) satis est, ſagt Cicero (de off. III, 16) von der Verpflichtung des Verkäufers nach den XII Tafeln, ea praestari, quae sunt lingua nuncupata. Darum haftete der Verkäufer für keine Fehler und Mängel, für die er nicht ausdrücklich die Garantie übernommen hatte, ſelbſt wenn ſie ihm bekannt geweſen waren. Erſt das ſpätere Recht hat hier wie in ſo vielen anderen Fällen geholfen und den Anſpruch der Partei auch auf ſolche Punkte ausgedehnt, deren im Vertrage keine Erwähnung geſchehen war.[619])

Eine beträchtliche Ausleſe für unſern Zweck gewähren die Geſchäfts- und Prozeßformeln. Die Faſſung dieſer Formeln war eine außerordentlich prägnante; jedes Wort wog ſchwer. Ob

---

615a) L. 4 de itin. (43. 19). Veteres nominatim adjiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, apportanti vis non fieret, quod supervacuum est, quia etc.

616) So noch Paulus in L. 91 pr. de V. O. (45. 1).

617) L. 56 § 2 de evict. (21. 2).

618) L. 126 § 2 de V. O. i. f. (45. 1).

619) z. B. Verzugszinſen, Verpflichtung zur diligentia, zur Beſtellung einer cautio dupli (L. 31 § 20 de aed. ed. 21. 1), Verkaufsrecht des Pfandgläubigers (früher bedurfte es eines pactum de re vendenda). Das läßt ſich auch ſo ausdrücken: die ſogenannten accidentalia negotii (quae extrinsecus veniunt) haben ſich nunmehr in naturalia (quae tacite insunt) verwandelt.

es z. B. in der Klagformel hieß: est oder erit, war für die richterliche Äftimation vom größten Einfluß, ebenso kam es bei der Einsetzung mehrerer Erben oder bei dem Vermächtniß an mehrere Legatare wesentlich darauf an, wie letztere aufgezählt, ob sie z. B. durch et verbunden oder einzeln neben einander genannt waren, oder ob zwei Legataren zusammen das Ganze oder jedem einzeln die Hälfte vermacht worden war. Wer den Sinn und Einfluß dieser Worte nicht kannte, sich derselben vielmehr in naiver Weise ebenso bediente, wie er es im Leben gewohnt war, also z. B. meinte, daß zwei Hälften, um es einmal paradox auszudrücken, gleich seien dem Ganzen, und daß es auf ein et mehr oder weniger nicht ankomme, konnte sich und Andere dadurch ohne sein Wissen im höchsten Grad verkürzen; das Wörtchen et konnte im Testament eine Million wiegen!

Für den Verkehr begründete diese Strenge der Interpretation die Gefahr arger Übervortheilung. Wer es verstand, einer Vertragsberedung, über deren Sinn er mit der Gegenpartei völlig einverstanden war, bei der schriftlichen oder mündlichen Formulirung, je nachdem sein Interesse es erforderte, einen engeren oder weiteren Ausdruck zu geben, der hatte gewonnenes Spiel, selbst wenn er hinterher zugestand, daß die beiderseitige Absicht auf etwas ganz anderes gerichtet gewesen sei. Ebenso stand es ihm frei, das Recht des Gegners durch Umgehung des Vertrages, d. h. durch eine Handlungsweise, die den Worten entsprach, der wirklichen Intention aber widerstrebte, zu elidiren.[620])

620) Der Begriff der Umgehung (fraus) wird zwar gewöhnlich nur auf die Gesetze bezogen und in den Quellen definirt als Beachtung der Worte mit Übertretung des wirklichen Willens des Gesetzes z. B. L. 29, 30 de leg. (1. 3) . . in fraudem, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. L. 5 Cod. de leg. (1. 14) verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem, allein es bedarf keiner Bemerkung, daß die Umgehung als unvermeidliche Folge der Wortinterpretation eben sowohl bei Rechtsgeschäften Platz greifen konnte, s. L. 1 § 3 de dol. exc. (44. 4). Et quidem dolo fit tam in contractibus quam in testamentis quam in legibus.

Die malitiosa juris interpretatio, wie Cicero (de off. I. c. 10)[620a]) ſie nennt, war eine unvermeidliche Conſequenz der alten interpretatio überhaupt, der dolus, die fraus war legaliſirt, und das »summum jus«, die äußerſte Strenge in der Handhabung der Worte, ſchlug daher nach der bekannten römiſchen Parömie, die Cicero hierbei in Bezug nimmt, nicht ſelten in eine »summa injuria« um. Das ältere Recht kannte gegen eine ſolche Gefahr keine Hülfe, im neuern konnte der Stipulant ſich bei den Verträgen des ſtrengen Rechts, bei denen die Gefahr überhaupt nur beſtand, dagegen durch die clausula doli (»dolumque malum abesse abfuturumque esse«)[621]), ſicher ſtellen, dem Promittenten konnte der Prätor durch Gewährung der exceptio doli helfen.

Übrigens betrachte man dieſe Gefahr nicht mit heutigen Augen. Sie war in der That ungleich geringer, als es den Anſchein gewinnt. Wo ein Wort den Ausſchlag gibt, pflegt man, durch eigenen oder fremden Schaden gewitzigt, die Worte ungleich ſorgſamer abzuwägen, als wo eine Ungenauigkeit im Gebrauch derſelben keine nachtheiligen Folgen nach ſich zieht. Das natürliche Bedürfniß des Verkehrs führt hier von ſelbſt zu Sicherungsmitteln gegen Gefahren, die uns, in dem Maße wenigſtens, unbekannt ſind. Dahin gehörte in Rom die Benutzung der Geſchäftsformulare, von der in § 47 die Rede ſein wird, ſo wie die bereits § 42 erwähnte Zuziehung eines Juriſten bei Entwerfung des Vertragsinſtruments (das cavere). Andererſeits verdient gegen jenen Nachtheil der Wortinterpretation auch der in unſerer allgemeinen Betrachtung der Wortinterpretation hervorgehobene Vortheil der Sicherheit, den ſie dem Verkehr gewährte, in Gegenrechnung gebracht zu werden. Wo das Wort und nichts als

620a) Quo in genere, ſetzt er hinzu, etiam in re publica multa peccantur und fügt als Beiſpiel die Auslegung eines Waffenſtillſtandes von 30 Tagen hinzu, bei der man den Ausdruck Tag wörtlich genommen und ſich die Nacht hindurch nicht an den Waffenſtillſtand gebunden erachtet hatte.

621) L. 6, l. 19 jud. solvi (46. 7) L. 69 de V. S. (50. 16).

das Wort gilt, vermag keine Kunst, keine Deutung ein richtig gewähltes Wort zu entkräften, das Resultat der Interpretation ist hier im voraus mit aller Gewißheit zu berechnen, während dies bei der logischen Interpretation keineswegs der Fall ist, da die Subjectivität des Richters hier einen ungleich größeren Spielraum hat. Gefährlich für den Unkundigen und Unvorsichtigen, war jene Strenge der Interpretation für den Kundigen und Vorsichtigen eher vortheilhaft als nachtheilig.

Schließlich darf ich den Antheil nicht übergehen, den dieselbe an der für das römische Recht so einflußreichen Ausbildung einer festen und prägnanten Kunstsprache hatte. Daraus erklärt sich auch die in der literarischen Thätigkeit der römischen Juristen, insbesondere gegenüber der unserer heutigen, so entschieden hervortretende juristisch-lexikalische Richtung, ihre Erörterungen de verborum significatione, de verbis priscis u. s. w.[621a]).

## §2. Interpretation der Gesetze.

Ein Mißgriff in den Worten gereicht bei dem Rechtsgeschäft bloß einer einzelnen Person zum Nachtheil und in der Regel nicht ohne ihr eignes Verschulden; der Schaden, der sich daran knüpft, ist ein vorübergehender. Ganz anders bei einem solchen Mißgriff von Seiten des Gesetzgebers, denn nicht bloß daß der Schaden hier eine unbegränzte Zahl schuldloser Personen trifft, sondern das Übel bleibt, sofern das Gesetz nicht aufgehoben wird, ein dauerndes. In dieser Verschiedenheit mag es liegen, daß, während an und für sich die Interpretation der Rechtsgeschäfte und Gesetze unter gleichen Grundsätzen stand, die alte Jurisprudenz sich doch gedrungen fühlte, die Strenge, die sie dort zur Anwendung brachte, hier in etwas zu ermäßigen. Allerdings spielt auch

621a) Die meisten der uns bei späteren Schriftstellern erhaltenen Bruchstücke älterer Juristen enthalten Worterklärungen; s. die Sammlung derselben in Huschke Jurispr. antej. p. 1 seq.

hier das Wort eine große Rolle, allein wie die Römer es bei den Auſpicien verſtanden, die Auctorität, welche ſie ihnen einräumten, mit den unabweisbaren Forderungen des Lebens in Übereinſtimmung zu bringen (I, 354 fl.), ſo wußten ſie auch dafür Sorge zu tragen, daß die Unterwürfigkeit, welche ſie den Worten der Geſetze bewieſen, nie das richtige Maß des praktiſch Erträglichen überſchritt.

Damit ſcheinen freilich die uns erhaltenen Probeſtücke dieſer Interpretation wenig zu ſtimmen, dieſelben machen den Eindruck eines mit äußerſter Rückſichtsloſigkeit gehandhabten Wortcultus. Man vergleiche folgende Fälle.

Bekannt iſt der Paſſus der XII Tafeln über das Inteſtaterbrecht: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento. Faſt jedes dieſer Worte iſt die Quelle eines wichtigen Rechtsſatzes geworden und zwar eines ſolchen, an den der Geſetzgeber ſelber ſicherlich nicht gedacht hatte, der alſo nicht in ſeinem Willen, ſondern nur in dem Wort ſeinen Grund hatte. Zuerſt das Wort: intestato. Aus ihm folgerte man, daß, wenn die Erbſchaft nur von einem der mehreren Teſtamentserben angetreten war, die ausfallenden Theile nicht, wie man erwarten ſollte, den Inteſtaterben zuzuweiſen ſeien, denn die Bedingung, unter der das Geſetz ſie gerufen hatte, war das »intestato mori« des Erblaſſers; weſſen Erbſchaft aber auch nur von einem der mehreren Teſtamentserben angetreten war, von dem ließ ſich nicht behaupten, daß er »intestatus« geſtorben ſei. Sodann: »si moritur«. Indem man das si für cum nahm, ſtützte man darauf das Requiſit, daß, wer zur Erbſchaft gelangen wolle, im Moment des Todes des Erblaſſers (wenn auch nur im Mutterleibe) exiſtirt haben müſſe.[622] Ferner: »agnatus proximus«. Das Wort proximus mußte als Vorwand zur

622) L. 6 de suis (38. 16) les XII tabul. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit. Mit dem moriente eo iſt eben dies si moritur gemeint.

Ausschließung der successio graduum, die folgenden: »si agnatus nec escit« zur Ausschließung der successio ordinum dienen. Beide Passus nahm man nämlich im absoluten Sinn, d. h. wenn ein nächster Agnat im Moment des Todes des Erblassers existirte, am Leben war. War er vor der Antretung verstorben oder hatte er die Erbschaft ausgeschlagen, so erklärte man den nächstfolgenden Agnaten nichts desto weniger für beseitigt, weil letzterer nicht im Moment des Todes des Erblassers der proximus gewesen war, und ebenso ließ man in diesem Fall die Gentilen nicht zu, weil sie nur für den Fall: si agnatus nec escit gerufen waren, der spätere Tod oder Verzicht des Agnaten aber die Existenz desselben im Moment des Todes nicht ungeschehen machte. Es war dies in der That ein Musterstück der Wortinterpretation, denn bei unbefangener Betrachtung kann man sich doch nicht verhehlen, daß bei der Intestaterbfolgeordnung der Entferntere nicht schlechthin, sondern nur im Interesse des Näheren ausgeschlossen wird, daß mithin, wenn letzterer später ausfällt, kein Grund vorliegt, warum der Entferntere nicht einrücken soll, da er, wenn auch nicht absolut, so doch relativ für die von dem Andern verschmähte Erbschaft der Nächste geworden ist. Wir würden daher, wenn jene Ausdrücke in einem heutigen Gesetz vorkämen, sie im relativen Sinn interpretiren d. h. sagen: der nächste Agnat ist derjenige, dem kein Näherer im Wege steht, und sind die Gentilen zuzulassen, wenn kein Agnat in diesem Sinn existirt, d. h. wenn keiner von ihnen ein Erbrecht geltend machen will oder kann. In diesem Sinn ward späterhin das prätorische Erbrecht gestaltet.[622a])

Eine lex Atilia bestimmte, daß Unmündigen und Frauenzimmern, denen es an einem Tutor fehlte, ein solcher von Amtswegen bestellt werden solle. Über den Fall, wenn zwar ein Tutor

622a) L. 1 § 10 de succ. ed. (38. 9) . . . ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit, und L. 2. pr. de bon. lib. (38. 2) . . sequentibus datur, atque si priores ex eo numero non essent.

vorhanden, derselbe aber z. B. wegen Wahnsinns, Taubheit u. s. w. zur Führung der Vormundschaft absolut unfähig war, hatte das Gesetz sich nicht ausgelassen. Was war hier zu thun? Wir heutigen Juristen würden vom Zwecke der Vormundschaft aus folgendermaßen argumentiren. Ob ein Vormund überhaupt nicht existirt, oder ob derselbe unfähig ist, steht sich völlig gleich; wenn also das Gesetz dem Bedürfniß nach Vormündern Abhülfe gewähren will, so muß seine Anordnung gleichmäßig in beiden Fällen Platz greifen. Die alte Jurisprudenz hielt sich hier wiederum an die Worte des Gesetzes, „Personen, die keine Vormünder haben.“ [623]) Eine Person, sagt sie, deren Vormund wahnsinnig oder sonst unfähig ist, hat einen Vormund, folglich greift die Bestimmung des Gesetzes nicht Platz. Es bedurfte erst verschiedener Senatsbeschlüsse, um diese Doctrin nach allen Anwendungen hin zu beseitigen. [624])

Als letztes Beispiel möge genannt sein die bereits bei einer früheren Gelegenheit (S. 184) berücksichtigte Stelle der Zwölf Tafeln für den Verkauf des Sohnes von Seiten des Vaters: »Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto.« Die späteren Juristen würden den Ausdruck filius auch auf Töchter und Enkel erstreckt haben, [625]) die älteren bezogen ihn streng wörtlich nur auf den Sohn.

Diese Beispiele scheinen die Meinung, daß die ältere Jurisprudenz sich bei der Interpretation der Gesetze streng an das Wort gehalten habe, über allen Zweifel zu erheben, und doch ist dieselbe meines Erachtens entschieden zu verwerfen. [625a]) Um uns davon zu überzeugen, stellen wir zunächst eine Reihe anderer

623) Ulp. XI. 18 hat die Fassung: mulieribus pupillisve non habentibus tutores, Gaj. I § 185 und die Institutionen in pr. I. de Atil. tut. (1. 29): si cui nullus omnino tutor sit.

624) L. 17 de tut. (26. 1).

625) L. 84 de V. S. (50. 16): filii appellatione omnes liberos intelligimus.

625a) Der Versuch, sie wissenschaftlich zu begründen, ist nie unternommen, sonst würde man sich sofort von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt haben,

Fälle zusammen, in denen die Jurisprudenz sich in nicht zu bestreitender Weise über das Wort hinweggesetzt hat.

Die Zwölf Tafeln setzten die Usucapionsfrist für den »fundus« auf zwei, für die »ceterae res« auf ein Jahr fest. Wozu gehörten nun die Häuser? Bei strenger Wortinterpretation offenbar zu den ceterae res,[626]) allein die Interpretation stellte sie praktisch aus gutem Grunde dem fundus gleich. Das Recht des Eigenthümers, Obst, Früchte u. s. w., die auf des Nachbarn Grundstück gefallen, aufzulesen, stammt aus den Zwölf Tafeln,[627]) allein die Worte des Gesetzes waren theils zu eng, theils zu weit. Jene — denn das Gesetz sprach bloß von glans (Eichel oder eichelähnliche Frucht, z. B. Kastanien); dieses — denn es band die Ausübung an keine Beschränkung. Hätte man hier wörtlich interpretiren wollen, so hätte man alle andern Früchte außer der genannten Art ausnehmen und andererseits dem Eigenthümer die Befugniß einräumen müssen jeder Zeit, also z. B. auch bei Nacht und des Tags zwei, drei Mal das Grundstück des Nachbarn zu betreten. Beides ist nicht geschehen.[628]) Das Gesetz bestimmte, daß der Sklave, dem der Herr im Testament gegen Entrichtung eines bestimmten Lösegeldes die Freiheit vermacht hatte, das Lösegeld nicht bloß dem Erben, sondern, wenn letzterer ihn veräußert hatte, auch dem »emtor« zahlen dürfe. Diesen Ausdruck nahm man im weitesten Sinn für jeden, der das Eigenthum am Sklaven erworben habe.[629])

---

aber in gelegentlichen Äußerungen tritt sie auch bei unseren besten Rechtshistorikern hervor, s. z. B. Keller Pandekten § 458 (Aufl. 1 S. 875): „nach der steifen Interpretationsweise dieser alten Zeit blieb man dabei genau bei dem Worte stehen."

626) Dies bemerkt auch Cic. Top. c. 4 at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus.

627) Plin. Hist. nat. XVI, 6.

628) Rücksichtlich des ersten Punktes half die Jurisprudenz L. 1 § 1 de glande leg. (45. 28), rücksichtlich des letzteren der Prätor L. 1 pr. ibid.

629) L. 29 § 1 de statul. (40. 7) . . quoniam lex XII tab. emtio-

Ebenso dehnte man den Ausdruck patronus auch auf die Kinder des Patrons aus.[630]) Die Worte der Zwölf Tafeln, auf die sich die act. aquae pluviae arcendae stützte, lauteten: »si aqua pluvia nocet.« Wollte man wörtlich interpretiren, so mußte man die Klage auf den Fall beschränken, wenn ein Schaden bereits geschehen war, allein die Jurisprudenz faßte das nocet auf im Sinne von: Schaden droht.[631]) Bei der Intestaterbfolge rief das Gesetz den suus und agnatus proximus. Wollte man hier die masculinische Form urgiren, so war das weibliche Geschlecht von der Intestaterbfolge ausgeschlossen. Und selbst das Erbrecht der männlichen sui hätte man wegdisputiren können, da das Gesetz es ihnen nicht ausdrücklich ertheilt, sondern nur stillschweigend vorausgesetzt hatte. Ja, wer die Worte: si intestato moritur streng wörtlich nehmen wollte, mußte sogar zu dem Resultate gelangen, daß die Intestaterbfolge in dem Fall ausgeschlossen sei, wenn der Erblasser mit Hinterlassung eines Testaments gestorben war, unabhängig davon ob die eingesetzten Erben angetreten oder ausgeschlagen hatten. Über das testamentarische Erbrecht enthielten die Zwölf Tafeln nur den einen bekannten Satz: »uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto.« Wohin würde es geführt haben, wenn man diesen Satz in dem Umfange genommen hätte, wie er lautet! Von einem Einfluß der capitis deminutio des Testators, von dem Requisit der Erbfähigkeit der Erben u. s. w. hätte dann gar keine Rede sein können. Diese und andere Beschränkungen wurden also von der Jurisprudenz in das Gesetz gegen den Wortlaut hineingetragen.[632])

---

nis verbo omnem alienationem complexa videretur, non interesset, quo genere quisque dominus ejus fieret.

630) Vat. fragm. § 308: in XII patroni appellatione etiam liberi patroni continentur. Cf. Coll. XVI 8 § 2.

631) L. 21 pr. de statul. (40. 7) . . . sic et verba legis XII tabul. veteres interpretati sunt: si aqua pluvia nocet i. e. nocere poterit.

632) L. 120 de V. S. (50. 16) . . . sed id coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium. § 10 I. de

Doch genug! Die angeführten Beispiele lehren zur Genüge, daß die alte Jurisprudenz sich nicht bei der Auslegung der Gesetze, unbekümmert um das Resultat, blindlings dem Wort dahingab, sondern daß sie für die Bedürfnisse des praktischen Lebens stets ein offenes Auge hatte und ihnen entsprechend das Gesetz zu deuten wußte. Dazu war doch trotz aller Verehrung für das Wort der Sinn der Römer zu gesund, als daß sie bei einem Mißgriff im Ausdruck von Seiten des Gesetzgebers ihre bessere Überzeugung und die Interessen des Lebens sklavisch dem Buchstaben geopfert hätten. Aus diesem Grunde dürfen wir annehmen, daß in den Fällen, wo scheinbar das Wort den Sieg davon trug, dies nicht in einer knechtischen Abhängigkeit vom Wort seinen Grund hatte, sondern daß man das Resultat wollte und das Wort nur als erwünschten Anhalt benutzte. Um davon an den obigen Beispielen die Probe zu machen, so hätte es, wenn man sonst die testamentarische und Intestaterbfolge für verträglich mit einander gehalten hätte, keine Schwierigkeit verursacht, die Worte: si intestato moritur damit zu vereinigen. Nahm man doch auch sonst das Wort: intestatus nicht im strengsten Sinn (S. 456). Die Benutzung der Worte: si moritur für den Satz, daß der Erbe im Moment des Todes des Erblassers gelebt haben müsse, war gleichfalls nur ein Vorwand, der entgegengesetzte Satz hätte sich mit diesen Worte eben so wohl vertragen. In dem Fall, wenn die Testamentserben ausgeschlagen hatten, bezog man ja diese Worte nicht auf die Todeszeit des Testators, sondern auf den Moment der Eröffnung der Intestaterbfolge. Die Ausschließung der successio graduum und ordinum auf Grund der angeführten Worte der Zwölf Tafeln scheint mit der Tendenz zusammenzuhängen, den von dem Gesetz in keiner

---

lege Aq. (4. 3) Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit etc. Cic. de off. III 16. Nam quum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata . . . a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta.

Weise berücksichtigten bloßen Blutsverwandten (cognati) einen Zugang zum Nachlaß zu verschaffen — eine Tendenz, die wenigstens in späterer Zeit aufs unzweideutigste hervortritt und einen der Hauptzwecke der prätorischen Bonorum Possessio bildete.

Zum richtigen Verständniß der so auffälligen Interpretation der lex Atilia (S. 457) muß man sich erinnern, daß die Vormundschaft im älteren Recht einen ganz anderen Charakter an sich trug als in unserm heutigen. Die heutige Vormundschaft ist ausschließlich eine Schutzanstalt im Interesse des Mündels, die altrömische war zugleich ein Recht des Vormundes. Ging die patria potestas, die doch nicht minder als die Tutel den Beruf zur Erziehung und zum Schutz der ihr unterworfenen Personen in sich schloß, durch Wahnsinn und sonstige Unfähigkeit des Vaters zur Erfüllung dieses Berufs nicht unter, eben weil sie ein Recht war (so wenig wie in gleichem Falle die manus des Mannes über seine Frau), so mußte dasselbe auch für die Tutel gelten, und wir sind daher nicht zu der Annahme genöthigt, daß man bloß aus Rücksichten der Wortinterpretation sich einen Rechtssatz habe gefallen lassen, den man im übrigen für verkehrt hielt. Daß derselbe später aufgehoben ward, spricht nicht dagegen, denn diese Änderung hängt mit dem Umschwung in der späteren Auffassung der Vormundschaft zusammen.

Mit dem letzten der obigen Beispiele, dem Satz über den Verkauf des Sohnes hatte es dieselbe Bewandniß, wie mit der Ausschließung der successio graduum et ordinum, d. h. man urgirte absichtlich das Wort, um die Bestimmung selber einzuschränken; die Wortinterpretation war eine tendentiöse. Dem Verkaufsrecht des Vaters war schon zur Zeit der Zwölf Tafeln die öffentliche Meinung abhold, wie sich daraus ergibt, daß das Gesetz selber als Äußerstes nur eine dreimalige Ausübung verstattete. In demselben Geist schränkte die Jurisprudenz die Bestimmung des Gesetzes auf den Sohn ein und ließ — und darin eben liegt der unwidersprechliche Beweis der Tendenz — Töchter und Enkel durch einmaligen Verkauf von der Gewalt frei

werden. Hätte man unbefangen verfahren wollen, ſo hätte der Schluß nicht ſo lauten dürfen: weil das Geſetz nur den *Sohn* nennt, ſo werden Töchter und Enkel durch *einmaligen* Verkauf frei, ſondern ſo: das dem Vater an ſich zuſtändige Verkaufsrecht iſt rückſichtlich ihrer *keiner* Beſchränkung unterworfen.

Auf Grund der bisherigen Ausführung wird ſich die bereits früher S. 66 angedeutete Behauptung rechtfertigen, daß das Verhältniß der alten Jurisprudenz zu dem Geſetz keineswegs das einer rückhaltloſen Unterwerfung unter den Buchſtaben desſelben war, wie das Weſen der ſtrengen Wortinterpretation es mit ſich bringt, ſondern vielleicht ein freieres, als wir es nicht ſelten bei unſerer heutigen Jurisprudenz wahrnehmen. Denn ſie beſchied ſich nicht bloß *auszulegen*, ſondern ſie legte *unter*, ſie drehte und deutete das Geſetz, wie ſie es haben *wollte*, ſie ſtellte ſich, wenn auch der Form nach *unter*, doch der Sache nach *über* das Geſetz. Daß manche ihrer Auslegungen weder den Worten, noch dem Sinn des Geſetzes entſprachen, daß ſie mit den Worten des Geſetzes hie und da geradezu ein Spiel trieb, das kann ſie ſelbſt ſich unmöglich verhehlt haben. Nicht die Frage nach der *Richtigkeit* der Auslegung, ſei es der bloßen Worte, ſei es des legislativen Gedankens, entſchied über die Annahme oder Verwerfung derſelben, ſondern die Frage von der praktiſchen *Angemeſſenheit* derſelben. Oder hätten in der That die alten Juriſten ſo blöde Augen gehabt, daß ſie nicht geſehen haben ſollten, auf wie ſchwachen Füßen ſo manche von ihren Auslegungen ſtanden? Sie *wollten* es nicht ſehen, es war Sache einer abſichtlichen Connivenz, es bei dem, was Noth that, mit den Gründen nicht ſo genau zu nehmen. Das praktiſche Bedürfniß, das Intereſſe der juriſtiſchen Kunſt, kurz Rückſichten, die der bloßen Auslegung als ſolcher fremd ſind, gaben bei letzterer den Ausſchlag, die Überzeugung von der inneren Richtigkeit der aufgeſtellten Anſicht beruhigte das Gewiſſen des Exegeten über die Schwäche der äußeren Begründung. Als die Zeit es mit ſich brachte, für die Erhaltung des Vermögens im Mannesſtamm Vorſorge zu treffen, und wahr-

scheinlich noch bevor die lex Voconia das Beispiel zu einer Verkürzung des Erbrechts der Weiber gegeben hatte, fanden die Juristen »subtilitate quadam excogitata«, wie Justinian[633]) sich ausdrückt, daß das Zwölftafelgesetz das Intestaterbrecht der Weiber auf agnatische Schwestern habe einschränken wollen. Mit welcher Stirn hätte ein Jurist eine solche Behauptung vorbringen dürfen, wenn er sich nicht bewußt gewesen wäre, daß er nicht sowohl das Gesetz auszulegen, als dasselbe den Interessen und Bedürfnissen der Zeit anzupassen den Beruf habe! Mit dem Wechsel dieser Bedürfnisse wechselte auch die Interpretation. Zu einer gewissen Periode bedurfte es der Usucapion der Erbschaft, und sie war da, zu einer andern Periode war sie nicht mehr nöthig, und sie verschwand, oder, wie Gajus sagt,[634]) man hielt es jetzt nicht mehr für möglich, daß Erbschaften usucapirt werden könnten! Kurz! die ältere Interpretation war wesentlich tendentiöser Art.

Weit entfernt aber, ihr daraus einen Vorwurf zu machen, glaube ich im Gegentheil, es der alten Jurisprudenz zum hohen Lobe anrechnen zu sollen, daß sie, anstatt sich sklavisch dem Gesetz unterzuordnen, dasselbe den Bedürfnissen des Lebens und den Anforderungen der Zeit anzupassen versuchte. Sie läßt sich in dieser Beziehung als Vorgängerin des Prätors bezeichnen. Beide haben eine sehr beträchtliche rechtsbildende Thätigkeit ausgeübt und zwar nicht selten auf Kosten des gesetzlichen Rechts, während der Beruf des Juristen und Richters nach unserer heutigen Auffassung nur darin bestehen soll, die Gesetze anzuwenden oder die Anwendung zu vermitteln. Aber gerade dieser Beruf gewährt die Gelegenheit, den Werth oder Unwerth der Gesetze, ihre Mängel, Lücken, ihre ursprüngliche oder erst im Lauf der Zeit eingetretene praktische Unangemessenheit kennen zu lernen, und so lange man

633) L. 14 C. de legit. her. (6. 58).

634) Gaj. II, 54 . . postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse.

es nicht dahin gebracht haben wird, in den mit der Rechtspflege betrauten Personen allen gesunden Sinn und alles Gefühl zu ersticken, wird die Opposition gegen ein unhaltbares Gesetz immer zuerst gerade von denen ausgehen, die zu seinen Organen und Dienern berufen sind. In der Theorie mag man dies noch so scharf verdammen, dem Richter die Pflicht einschärfen, seinem Urtheil über die Unangemessenheit des Gesetzes keine praktische Folge zu geben, die Thatsache wird dadurch nicht anders: dem Verdammungsurtheil der Juristen ist auf die Dauer kein Gesetz gewachsen. Absichtlich oder unabsichtlich wird die Hand des Richters läßig, der Arm der Gerechtigkeit erlahmt, und der Scharfsinn des Exegeten bietet alle Mittel auf, das Gesetz zu durchlöchern und zu unterminiren, Voraussetzungen hineinzutragen, von denen das Gesetz nichts weiß, die Worte, je nachdem es Noth thut, im weitern oder engern Sinn zu deuten, und wie durch stillschweigende Verschwörung finden auch die erzwungensten Deductionen Eingang und willigen Glauben — auch die Logik fügt sich dem Interesse. Dieser stille Krieg der Juristen gegen das Gesetz wiederholt sich überall, wo ein Gesetz zu einer Unmöglichkeit geworden ist und doch von der Staatsgewalt nicht zurückgenommen wird. Es ist die natürliche Reaction des gesunden Rechtsgefühls gegen eine eclatante Mißachtung seiner selbst von Seiten der Gesetzgebung. Ein Beispiel aus neuerer Zeit bietet uns die Geschichte der peinlichen Halsgerichtsordnung. In demselben Maße, in dem der Widerspruch stieg, den die veränderte Gefühls- und Denkweise einer späteren Zeit gegen die Härte ihrer Strafbestimmungen erhob, in demselben Maße ward die Kunst der Interpreten erfinderischer, diese Härten zu beseitigen, und es konnte sich sogar Einer derselben rühmen, daß er auch nicht einen Buchstaben vom Gesetz habe stehen lassen. Betrachtet man derartige Tendenzinterpretationen, wie wir deren oben einige zur Probe angeführt haben, mit unkundigem Auge, d. h. weiß man nicht, welche Bewandniß es mit ihnen hat, so muß es wahrhaft räthselhaft erscheinen, wie sie bei ihrer völligen

Unhaltbarkeit, ihrer offensichtlichen Gewaltsamkeit nur den geringsten Beifall haben finden, ja wie nur Jemand sie im Ernst hat aufstellen können.[635])

Dies ist der maßgebende Gesichtspunkt, unter dem wir die alte Interpretation zu beurtheilen haben. Materiell war das, was sie einführte, gewiß völlig untadelhaft, durch ein gebieterisches Bedürfniß des Lebens motivirt, und in dieser Beziehung würde man sehr Unrecht thun, den Vorwurf, den Cicero[636]) den älteren Juristen machte, daß sie das alte Recht corrumpirt hätten, für einen ernstgemeinten zu halten. Der Impuls zu dieser angeblichen Corruption ging nicht von ihnen, sondern von der Nation aus, und wenn sie selber der Strömung der Zeit hätten Wi-

---

635) In dieser Lage haben sich manche gelehrte Theoretiker der Neuzeit gegenüber den Interpretationen der früheren Praktiker befunden und sich nicht wenig darauf gedünkt, die quellenmäßige Unrichtigkeit derselben darzuthun. Verdienstlicher wäre es gewesen zu fragen, ob denn diese Vorgänger so mit Blindheit geschlagen gewesen sind, daß sie handgreifliche Unwahrheiten für wahr halten konnten. Dann wäre man wohl dem wahren Grunde auf die Spur gekommen und hätte sich nicht verleiten lassen, im Widerspruch mit dem vielgepriesenen Vorbilde der römischen Juristen und der Vorschrift der L. 23 de leg. (1. 3): minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt, an Sätzen zu rütteln, welche die Praxis ihrer selbst wegen aufgestellt hat, und für die sie in den Quellen nur nach einem wenn noch so schwachen Haken gesucht hatte, um sie daran aufzuhängen. Dahin gehört meiner Ansicht nach z. B. die Spolienklage und das Summarüßimum, deren übermüthige und doch leichtfertige und verständnißlose Abfertigung durch Savigny reichen Stoff zur Betrachtung darbietet und leider unter den durch seinen Einfluß geleiteten Theoretikern nur zu willige Nachahmung gefunden hat! — Übereinstimmend mit mir haben sich geäußert Delbrück Die dingliche Klage des deutschen Rechts S. 88—91, Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen II, S. 122 Note 29, Bähr in meinen Jahrbüchern B. 13 S. 284.

636) In der bekannten Stelle pro Murena c. 12 . . nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Er selbst räumte bekanntlich später ein, daß diese Worte apud imperitos dicta gewesen seien, de finibus IV 27.

derstand leisten wollen, dieselbe würde sich in anderer Weise Bahn gebrochen haben. Aber eben weil und insoweit ihre Kunst ausreichte, das Nöthige zu beschaffen, bedurfte es keiner Thätigkeit der Gesetzgebung; letztere wird regelmäßig nur da eingegriffen haben, wo die Jurisprudenz sich außer Stand sah, die erforderliche Abhülfe zu gewähren.

So verdient denn die alte Interpretation für ihre Zeit in der That dasselbe Prädicat, das man später dem Prätor beilegte: das einer viva vox juris civilis, eines lebendigen Organs des Rechts, nicht eines mechanischen Sprachrohrs. Dem Namen nach bloße *Erklärungen*, schlossen ihre Auslegungen in der That eine wahre Umgestaltung und Weiterbildung des Gesetzes im Geiste der Zeit in sich. So faßten auch die Römer, wenigstens in späterer Zeit, die Sache auf, denn sie bezeichneten die älteren Juristen als veteres, qui tunc jura condiderunt,[637] und sie sprachen von einem eigenen Juristenrecht (jus civile im engern Sinn).[638] So sehr man aber einerseits den *materiell*-productiven Charakter dieser alten Doctrin betonen darf, so wesentlich gehört zu ihrer Charakteristik doch auch das andere von mir hervorgehobene Moment: der *formelle* Anschluß derselben an die vorhandenen Gesetze, und auch dies wird von den Römern selber bemerkt.[639] Es ist, als ob die Jurisprudenz sich damals noch nicht, wie in späterer Zeit, getraut hätte, den schöpferischen Beruf, den sie der Sache nach einmal hat, und den sie nirgends mehr ausgeübt hat als in Rom, geradezu und offen in Anspruch zu nehmen; daher stets das Bestreben nach einer *Deckung durch das Gesetz*. Wäre uns eine genauere Einsicht in ihre Entwicklungsgeschichte verstattet, wir würden gewiß noch für manche von

637) Gaj. IV, 30.

638) L. 2 § 5 de orig. jur. (1. 2) ... hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus.

639) So von Pomponius in der Stelle der vorigen Note, worin das Juristenrecht als Resultat der interpretatio bezeichnet wird.

ihren Sätzen die Fäden finden, mit denen sie dieselben, wenn auch noch so lose und äußerlich mit dem Gesetz verknüpft hatte.

Ich habe eine Frage bis auf den Schluß verspart, weil sie, obgleich sie dem Zusammenhang nach an einen frühern Ort gehört, mir doch erst hier ihre Erledigung finden zu können scheint. Es ist nämlich die: wie betrachtete die alte Interpretation die Umgehung der Gesetze? Dem Princip der Wortinterpretation gemäß hätte sie dieselbe wie bei Rechtsgeschäften, so auch bei Gesetzen für statthaft erklären müssen. Denn die Umgehung des Gesetzes enthält ja keinen Verstoß gegen die Worte, sondern nur gegen die wirkliche Absicht des Gesetzes,[640] mithin gegen ein Moment, das die Wortinterpretation als solche grundsätzlich ignorirt. Das positive Material, das uns zur Beantwortung dieser Frage zu Gebote steht, ist außerordentlich dürftig. Einerseits werden uns zwar Fälle der Umgehung der Gesetze aus alter Zeit berichtet, so namentlich der Zinsgesetze,[641] der Gesetze über die Provocation,[642] allein Versuche zur Umgehung von Gesetzen kommen jederzeit vor, es fragt sich nur, wie das Recht sie ansieht und behandelt, darüber aber versagen uns die Berichte eine bestimmte und sichere Antwort, obgleich mir allerdings durchzuschimmern scheint, daß die Versuche zur Umgehung mit Erfolg gekrönt waren, das Recht dieselben also nicht wie in späterer Zeit schlechthin als nichtig behandelte. Nur in einem einzigen Fall wird uns, so viel mir bekannt, eine ganz bestimmte und unzweideutige Auskunft gegeben, und zwar eine andere, als wir dem obigen nach erwarten würden. Licinius Stolo, der bekannte Urheber der nach ihm be-

---

640) S. Note 620.

641) Tacitus Ann. VI, 16: multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursus oriebantur; Beispiele bei Liv. II, 31. XXXV, 7.

642) Wenigstens scheinen die Worte, mit denen Livius X, 9 die dritte Redaction desselben berichtet: legem tulit diligentius sanctam darauf hin zu deuten, daß die Nothwendigkeit einer wiederholten sorgfältigeren Redaction in der Umgehung des bisherigen Gesetzes ihren Grund hatte.

nannten Rogationen, hatte sein eigenes Ackergesetz dadurch umgangen, daß er seinen Sohn emancipirt und den das gesetzliche Maß übersteigenden Theil seines Grundbesitzes auf ihn übertragen hatte; darauf hin ward er, wie Livius[643]) berichtet, nach seinem eigenen Gesetz verurtheilt: »quod emancipando filium fraudem legis fecisset.« Die Glaubwürdigkeit dieses Zeugnisses läßt sich nicht in Zweifel ziehen, allein es würde meiner Meinung nach übereilt sein, darin die endgültige Beantwortung der obigen Frage zu erblicken. Denn der Richter, der den Licinius verurtheilte, war das Volk,[644]) und wenn man weiß, wie dasselbe bei Ausübung seiner Strafgerichtsbarkeit verfuhr (S. 46), wird man schwerlich den Schluß von ihm auf den gewöhnlichen Richter für einen zwingenden halten. Jedenfalls verdient gegenüber diesem einzigen Zeugniß auf der andern Seite in die Wagschale geworfen zu werden, daß unter den Scheingeschäften des ältern Rechts nicht wenige sich befanden, die geradezu eine Umgehung gesetzlicher Bestimmungen enthielten,[645]) so wie daß die Gesetzgebung selber in Fällen, wo sie sich scheute, ein früheres Gesetz direct und ausdrücklich aufzuheben, dasselbe umging.[646]) In einer Zeit, welche die Umgehung des Gesetzes mit unsern heutigen oder mit den Augen der späteren römischen Juristen angesehen hätte, wäre beides nicht möglich gewesen. Vielleicht verhält es sich mit dieser Frage, wie mit der Wortinterpretation der Gesetze überhaupt, d. h. die Jurisprudenz erkannte die Berechtigung der Umgehung

643) Liv. VII, 16.

644) Die Übertreter des Gesetzes wurden von den Aedilen vor dem Volk auf eine Geldstrafe belangt. So z. B. Liv. X, 13.

645) Cic. pro Murena c. 12. Nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jureconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt.

646) Das Hauptbeispiel gewährt die lex Furia über die Höhe der Legate; das Gesetz hob den Satz der XII Tafeln: uti legassit, ita jus esto rücksichtlich des von ihm vorgeschriebenen Betrages der Legate nicht auf, aber es umging ihn, indem es den Legatar, der einen höheren Betrag annahm, mit der Strafe des Vierfachen belegte, B. 3 § 52 (S. 109).

des Gesetzes im Princip an, wie sie denn ja selber bei ihren Scheingeschäften auf diesem Fundamente stand, wußte aber nichts desto weniger im einzelnen Fall, wo die Verstattung des Umweges dem Rechtsgefühl oder höheren Interessen widerstrebte, irgend ein künstliches Mittel zu finden, um ihn zu verschließen.

## III. Der Formalismus.

### 1. Wesen und praktische Bedeutung desselben.

**Begriff des formellen und formlosen Geschäfts — Kritik des Formalismus vom praktischen und ethischen Standpunkt — allgemeine und besondere Vortheile und Nachtheile der Form — wechselndes Verhältniß beider.**

XLV. Von allen Charakterzügen des älteren Rechts drängt sich kein anderer in dem Maße sofort auch der oberflächlichsten Betrachtung auf als der demselben eigenthümliche Formalismus, es ist der erste Eindruck, dessen wir uns bei einer Beschäftigung mit demselben bewußt werden. Liegt dies an uns, an unserm einer solchen Erscheinung im heutigen Recht minder gewohnten und darum besonders dafür empfänglichen Auge? Gewiß nicht! Sondern dieser Charakterzug ist in Wirklichkeit der am schärfsten ausgeprägte, am consequentesten durchgeführte; selbst der Gedanke der Freiheit, der ihm im übrigen am nächsten kommt, und der wie er das ganze Recht, das öffentliche wie das Privatrecht beherrscht, selbst er kann sich nicht mit ihm messen. Kein materielles Princip verstattete eine so rücksichtslose, uneingeschränkte Durchführung, wie das der Form, kein Element des alten Rechts hat sich so lange erhalten; *die römischen Formen haben die römische Freiheit überlebt.*

Es ist ein eigenthümliches Verhältniß, welches gerade zwischen diesen beiden Fundamentalgedanken des römischen Rechts, der Form und der Freiheit, obwaltet. Scheinbar sich widersprechend — denn der höchsten Freiheit des *materiellen* Wol-

lens, welche der eine gewährt, ſetzt der andere die äußerſte Gebundenheit in formeller Beziehung entgegen — ſcheinbar ſich widerſprechend, verrathen ſie doch durch den Parallelismus ihrer Entwicklungslinien, daß ſie ſich gegenſeitig bedingen und durch eine geheime Wechſelbeziehung aufs engſte aneinander gekettet ſind. Die Blüthezeit der Freiheit iſt zugleich die Periode der peinlichſten Strenge in der Form, dem allmähligen Verfall jener entſpricht das Nachlaſſen der Strenge dieſer, und als jene völlig gebrochen und unter dem fortgeſetzten Druck des Cäſaren-Regiments den letzten Reſt deſſen, was noch an alter Kraft in ihr war, ausgeathmet hatte, folgten auch die Formen und Formeln des alten Rechts ihr nach; und würde es nicht ſchon an ſich zum Nachdenken auffordern, daß ihre Beſeitigung gerade in eine Zeit fällt, wo ſich das ſouveräne Belieben unverhüllt und offen als oberſtes ſtaatsrechtliches Princip auf den Thron geſetzt hatte — die Zeit der byzantiniſchen Kaiſer, die Leichenrede, mit der letztere dieſelben begleiteten, die Abneigung und Geringſchätzung gegen ſie, die ſie darin kundgeben,[647]) müßte uns über das Verhältniß zwiſchen der Freiheit und der Form die Augen öffnen. Die Form iſt die geſchworene Feindin der Willkür, die Zwillingsſchweſter der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügelloſigkeit das Gegengewicht, ſie lenkt die Freiheitsſubſtanz in feſte Bahnen, daß ſie ſich nicht zerſtreue, verlaufe, ſie kräftigt ſie nach innen, ſchützt ſie nach außen. Feſte Formen ſind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit ſelber und eine Schutzwehr gegen äußere Angriffe, — ſie laſſen ſich nur brechen, nicht biegen — und wo

647) L. 1 Cod. de form. subl. (2. 28) (342) juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes . . L. 15 pr. Cod. de testam. (6. 23) (339) quoniam indignum est ob inanem observationem . . . L. 9 Cod. qui admitti ad B. P. p. (6. 9): Verborum inanium excludimus captiones. L. 17 Cod. de jure delib. (6. 30) (407) cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus.

ein Volk ſich wahrhaft auf den Dienſt der Freiheit verſtand, da hat es inſtinctiv auch den Werth der Form herausgefühlt und geahnet, daß es in ſeinen Formen nicht etwas rein Äußerliches beſitze und feſthalte, ſondern das Palladium ſeiner Freiheit.

Schon dieſe erſte Beobachtung, die wir unſerm Gegenſtande entnehmen, muß uns lehren, daß wir es hier nicht mit einer rein äußerlichen Erſcheinung, ſondern mit einem Gegenſtand von tief innerlicher Bedeutung zu thun haben. Hätte die Rechtsphiloſophie oder die poſitiv-romaniſtiſche Jurisprudenz, die beide die dringendſte Veranlaſſung hatten, dieſe Bedeutung feſtzuſtellen, ſich der Aufgabe unterzogen, ich würde nicht nöthig haben, mir auch hier wieder durch eine Unterſuchung allgemeinerer Art den Weg zur hiſtoriſchen Darſtellung zu bahnen. Allein der Rechtsphiloſophie ſcheint die Frage ſo ſpeciell und ſtofflich, der poſitiven Jurisprudenz umgekehrt zu abſtract [648]) geweſen zu ſein, und ſo bleibt mir nichts übrig, als meinerſeits ſie zu behandeln.

---

Der Gegenſatz von Inhalt und Form wird wie von den Dingen der äußeren Natur, ſo auch von denen des Geiſtes gebraucht, wir ſprechen von den Formen der Gefühle, des Gedankens, des Willens u. ſ. w. und verſtehen darunter die Mittel, in denen die inneren Vorgänge, Ideen, Empfindungen, Entſchlüſſe u. ſ. w. Ausdruck und äußere Exiſtenz gewinnen. In beiden Anwendungen aber hat der Gegenſatz keine reale Exiſtenz, er iſt nichts als eine Abſtraction; unter Form verſtehen wir den Inhalt von Seiten ſeiner Sichtbarkeit. Eben darum aber ſetzt die Form ſtets den Inhalt, wie der Inhalt eine Form voraus; es gibt weder einen Inhalt ohne Form, noch eine Form ohne Inhalt.

---

648) Der einzige, der ſie vor mir berührt hat und, wie nicht anders zu erwarten, in beachtenswerther Weiſe, iſt Savigny Syſtem III S. 238 und Oblig. R. II 218.

Der Schein des Gegentheils hängt mit dem Wechsel der Form zusammen; der schließlichen Form, die wir dem Inhalt entgegenstellen, geht nicht ein Inhalt ohne Form, sondern ein Inhalt in anderer, unvollkommener Form voraus.

In dieser Weise verhält es sich mit dem Gegensatz auch bei dem Gegenstand unserer Betrachtung, dem rechtlichen Willen. Die Annahme desselben ist bedingt durch seine Erkennbarkeit, letztere durch seine Äußerung. In diesem Sinne gibt es also keinen formlosen Willensakt — ein Wille ohne Form wäre gleich dem Lichtenbergschen Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt. Wenn wir nichts desto weniger von formlosen Willenserklärungen reden, so liegt auf der Hand, daß der Ausdruck Form hier eine andere und zwar engere Bedeutung hat. Damit hat es folgende Bewandniß.

Das Recht kann dem Willen rücksichtlich der Mittel seiner Äußerung im Rechtsgeschäft[649]) entweder völlige Freiheit lassen, so daß also jedwedes Mittel, sei es das Wort, die Handlung, das Zeichen und unter Umständen selbst das Schweigen, insofern nur der bestimmte Willensinhalt daraus mit Sicherheit entnommen werden kann, zur Hervorbringung der beabsichtigten Wirkung ausreicht, oder aber es kann ihn in der Wahl dieser Mittel beschränken und zwar entweder so, daß es die Erreichung des beabsichtigten Zwecks an die Benutzung einer bestimmten Äußerungsform knüpft, so daß also im Unterlassungsfall entweder gar keine Wirkung (Strafe der Nichtigkeit) oder nicht die volle Wirkung[650]) eintritt, oder aber in der Weise, daß die Nichtbeachtung der Form, ohne das Rechtsgeschäft selbst in irgend einer Weise zu afficiren, für den Urheber desselben eine von letzterem

649) Daß und warum der folgende Gegensatz nur bei Rechtsgeschäften, nicht auch bei Delicten Anwendung leidet, bedarf keiner Ausführung.

650) Man vergleiche z. B. das pignus publicum und privatum des neueren römischen Rechts, im deutschen Recht den Gegensatz der läugenbaren und unläugenbaren Schuld s. u.

völlig unabhängige Strafe z. B. eine fiscalische Geldstrafe[651]) nach sich zieht. Nur die in der ersten Weise postulirten Formen sind es, die den Begriff des formellen Rechtsgeschäfts constituiren. Bei der zweiten Art erscheint das Rechtsgeschäft lediglich als äußere Veranlassung zur Vornahme einer anderen bedingungsweise vorgeschriebenen Handlung.[652]) Das formelle Rechtsgeschäft läßt sich mithin definiren als dasjenige, bei dem sich die Nichtbeachtung der rechtlich erforderlichen Form der Willensäußerung im Rechtsgeschäft selber rächt.[652a]) Requisite des Rechtsgeschäfts, die sich nicht auf die Form der Willensäußerung beziehen, gehören gar nicht hierher.

Jede Formvorschrift enthält eine Beschränkung des Willens in der Wahl seiner Ausdrucksmittel, aber nicht jede derartige Beschränkung macht das Geschäft, für welches sie aufgestellt ist, zu einem formellen. Die Beschränkung kann eine negative oder positive sein. Ersteres, wenn nur ein gewisses Äußerungsmittel (z. B. die stillschweigende Erklärung) oder der Abschluß an einem gewissen Ort, zu einer gewissen Zeit gesetzlich ausgeschlossen ist, letzteres, wenn die Äußerungsform positiv fixirt ist.[653]) Dort

---

651) In dieser Weise hat man hie und da das Gebot der Zuziehung von Stempelpapier gesichert. Mit dem obigen Gegensatz hängt, insoweit es sich dabei um Beachtung einer Form handelt, der der leges perfectae und minus quam perfectae zusammen.

652) Der Miethcontract mit dem Gesinde ist in unserem heutigen Recht durch das vielfach vorkommende Gebot polizeilicher Anmeldung des Gesindes kein formeller geworden.

652a) Wenn Puchta Pandekten § 250 innerhalb dieser Begriffe noch zwischen mangelnder Gültigkeit und mangelnder Klagbarkeit unterscheiden will, so ist dies eine in jeder Weise unglückliche Idee, die man sich bloß die Mühe zu nehmen braucht im Einzelnen weiter durchzuführen, um sie als völlig unhaltbar zu erkennen. Was ihr zu Grunde liegt, ist ein Gegensatz in den römischen Formen, für den wir später den richtigen Ausdruck finden werden, nämlich der der naiven (volksthümlichen, gewohnheitsrechtlichen) und tendentiösen (durch Gesetz eingeführten).

653) Diese Fixirung kann auch lediglich den Ort (z. B. vor Gericht, auf der Börse) und denkbarerweise könnte sie auch die Zeit betreffen.

dürfen wir von „Formbeschränkungen", nicht aber von einem formellen Geschäft reden, denn die von dem Handelnden beliebte Form ist trotz der Beschränkung in der Wahl nichts desto weniger ein Werk der Wahl gewesen, sie hat alle Eigenschaften der freien oder individuellen Form, von denen sogleich die Rede sein wird, während das formelle Geschäft, soweit die Formvorschrift reicht, jede Wahl und Freiheit ausschließt.

Demzufolge würde sich der Begriff des formlosen Rechtsgeschäfts als mehr oder minder freie Selbstbestimmung des Willens rücksichtlich der Form seiner Äußerung definiren lassen, und wir könnten demgemäß den Gegensatz der Formlosigkeit und des Formalismus als den der freien und unfreien Form bezeichnen. Dies Moment der Freiheit ist das allein entscheidende. Darum also begründen Formen, die auf freier Wahl der Parteien beruhen, z. B. die Zuziehung von Zeugen, die schriftliche Aufzeichnung des Contracts kein formelles Geschäft, selbst dann nicht, wenn sie noch so feierlich und noch so allgemein üblich sind, ohne aber rechtlich nothwendig zu sein. Nicht das äußere Gepränge, sondern der innere juristische Charakter der Form, d. h. ihre rechtliche Nothwendigkeit ist das Entscheidende. Mündlicher Abschluß eines Vertrags ist an sich nichts Solennes, allein wo er gesetzlich vorgeschrieben, ist der Vertrag ein formeller. Ebenso die Zuziehung von Zeugen. Nicht minder gleichgültig für den Begriff des formellen Geschäfts ist das legislative Motiv der Form. Der Zweck, den das Gesetz im Auge hatte, kann ein mannigfaltiger sein, z. B. Sicherstellung des Beweises, Ausschließung von Übereilungen, Übervortheilungen u. s. w. Ob dieser Zweck durch die Form wirklich erreicht wird, ob er auch auf andere Weise erreichbar ist, und ob die Partei ihn auf andere Weise wirklich erreicht hat, relevirt nichts: der Gesetzgeber hat einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zweckes nicht der Einsicht und dem freien Entschluß der Partei überlassen wollen, sondern er hat die Sache selber in die Hand genommen und den ihm gut scheinenden Weg zur Erreichung desselben zum ausschließlichen, nothwendigen erhoben.

Dieſe Nothwendigkeit und Ausſchließlichkeit, welche das Weſen der unfreien Form ausmacht, iſt aber eine poſitive, jede derartige Form iſt alſo in dieſem Sinn etwas Zufälliges, Willkürliches, ſo ſehr ſie im übrigen auch das Product einer geſunden und naturgemäßen hiſtoriſchen Entwicklung ſein mag. Darum alſo iſt die Tradition, Occupation, kurz die Apprehenſion des Beſitzes kein formeller Act, denn die Nothwendigkeit derſelben iſt eine innere, ſie liegt in dem Zuſtand, den ſie begründen ſoll, die Tradition verhält ſich zum Beſitz kaum anders als die Geburt zum Leben. Dies Moment der Poſitivität der Form im Gegenſatz zu der Allgemeingültigkeit, logiſchen Selbſtverſtändlichkeit des Grundſatzes der Ungebundenheit des Willens in Bezug auf ſeine Form iſt auch den römiſchen Juriſten nicht entgangen, wie ſeiner Zeit (drittes Syſtem) bei dem Gegenſatz des jus civile und jus gentium nachgewieſen werden wird.

Der bisher entwickelte Gegenſatz der Freiheit und Unfreiheit rückſichtlich der Äußerungsform des Willens fällt zuſammen mit dem der individuellen und abſtracten Form. Die freie Form iſt zugleich eine individuelle, denn ſie geht ganz auf in dieſem beſtimmten Rechtsgeſchäft, ſie entſteht und vergeht mit ihm, ja ſie iſt im Grunde nichts als dieſer beſtimmte concrete Inhalt von Seiten ſeiner Sichtbarkeit. Die unfreie Form hingegen iſt zugleich eine abſtracte, ſtereotype. Denn wenn ſie gleich nur an und in dem concreten Rechtsgeſchäft zur Erſcheinung gelangt, ſo hat ſie doch andererſeits eine davon unabhängige (abſtracte) Exiſtenz, ſie geht nicht hervor aus und fällt nicht zuſammen mit dieſem einzelnen Rechtsgeſchäft, ſondern ſie tritt von außen als etwas Selbſtändiges, bereits Vorhandenes, Gegebenes mit dem Anſpruch auf unbedingte Beachtung an das Rechtsgeſchäft heran, die Bildung des letzteren erfolgt durch eine Combination zweier ſeparater Elemente: des concreten Inhalts und der ein für alle Male beſtimmten Form. So erklärt ſich der obige engere Sprachgebrauch rückſichtlich des Ausdrucks Form, demzufolge die Rechtsgeſchäfte mit freier Form als „formloſe“

gelten. Bei letzteren nämlich, bei denen die Form ganz dem Willen anheim gegeben ist,[654]) gelangt die Form nicht zur eigenen selbständigen Existenz, sie ist ein bloßes Accidens des Inhalts, bei den formellen Geschäften hingegen ist die Form in der That zum Range einer eigenen juristischen Größe, zur selbständigen Existenz erhoben. So läßt sich also der Gegensatz der formlosen und formellen Geschäfte oder, um hier gleich den Ausdruck einzuführen, mit dem ich ihn fortan bezeichnen werde, der Gegensatz der Formlosigkeit und des Formalismus, auf jenen allgemeinen Gegensatz des Individualismus und der abstracten Gleichheit zurückführen, der sich uns bereits verschiedentlich als einer der Angelpunkte des älteren und neueren römischen Rechts bewährt hat (S. 94 fl., S. 112 fl., S. 447).

Erscheint nun dem bisherigen nach das Princip der Formlosigkeit vom aprioristischen Standpunkt aus als das normale, weil dem natürlichen Verhältniß zwischen Form und Inhalt entsprechende, das des Formalismus aber wegen seiner Abweichung von demselben als das irreguläre, so möchte man erwarten, daß sich dieses Verhältniß beider auch in ihrem geschäftlichen Auftreten bewähre, d. h. daß ersteres die Regel, letzteres die Ausnahme bilde. Diese Annahme trifft in der That für unser heutiges gemeines Recht zu; nichts desto weniger aber ist sie falsch. Überhaupt straft die Geschichte unsere Erwartung hier in jeder Weise Lügen. Würde uns gesagt, daß von den drei Möglichkeiten, wie das positive Recht sich zu unserm Gegensatz verhalten kann: der Combination beider Principien, der ausschließlichen Herrschaft der Formlosigkeit und der ausschließlichen Herrschaft des Formalismus nur zwei historisch sich realisirt hätten, so würde ohne Zweifel Jeder auf die beiden ersten rathen und sicherlich ebensosehr darüber frappirt sein, der dritten Möglichkeit zu begegnen als

654) Daher bezeichnen die Römer das Princip der Formlosigkeit mit Recht als Princip des nackten Willens, nuda voluntas im Gegensatz zum rigor juris civilis z. B. Ulp. XXV, 1. L. 18 de leg. III (32).

darüber, der dritten nirgends zu begegnen. Es ergibt sich daraus die Lehre: mit der Formlosigkeit *allein* kann das Recht nicht bestehen, mit dem Formalismus wohl; dasselbe erträgt eher das äußerste Übermaß als den gänzlichen Mangel der Form.

Diese Hinneigung des Rechts zur Form läßt auf ein inneres Bedürfniß oder auf eine eigenthümliche den Zwecken des Rechts entsprechende Brauchbarkeit der Form schließen. So richtig dieser Schluß ist, so sehr muß ich doch dagegen warnen, den Grund des historischen Auftretens des Formalismus lediglich in seinen *praktischen* Vortheilen zu finden. Um die Irrigkeit dieser Ansicht darzuthun, wird es gerathen sein, bei der folgenden Untersuchung zwei Fragen streng von einander zu trennen: die von dem *praktischen Werth des Formalismus* und die von den *Ursachen seiner historischen Erscheinung*.

## Praktischer Werth des Formalismus.

Wenn irgendwo das abstractphilosophische Urtheil über Dinge des Rechts Gefahr läuft fehl zu greifen, so möchte der Formalismus vor allem diese Gefahr in sich schließen.[654a]) Der Philosoph vom Fach, der von den eigenthümlichen technischen Interessen und Bedürfnissen des Rechts keine Vorstellung hat, kann in dem Formalismus nichts anderes erblicken als einen Ausfluß der sinnlichen Anschauungsweise, die Präponderanz eines rein äußerlichen Moments über das innere, eine positive Störung des Verhältnisses zwischen Form und Inhalt. Gerade ihm bei seinem auf das Innere der Dinge gerichteten Blick muß diese Überhebung der dürren, nackten Form, dieser ängstliche, pedantische Cultus des an sich völlig werth- und bedeutungslosen Zeichens, die Dürftigkeit und Kümmerlichkeit des das ganze Formenwesen beseelenden und in ihm sich breit machenden Geistes — gerade ihm also,

654a) Einen Beleg dazu s. bei *Hegel* Rechtsphilosophie § 217.

ſage ich, muß dies ganze Weſen einen recht unerquicklichen und abſtoßenden Eindruck machen. Und in der That, wir müſſen zugeſtehen, dieſer Beſtandtheil unſerer juriſtiſchen Technik hat für den Unkundigen durchaus nichts Achtung Erweckendes, und vielleicht iſt hierin der Grund zu ſuchen, daß die Rechtsphiloſophie von demſelben bisher kaum Notiz genommen hat. Und doch handelt es ſich dabei um eine Erſcheinung, die, eben weil ſie im innerſten Weſen des Rechts begründet iſt, ſich im Recht aller Völker wiederholt und ſtets wiederholen wird.[654b])

Um ſie richtig zu würdigen, muß man die allgemeine, ſoll ich ſagen culturhiſtoriſche oder philoſophiſche? mit der juriſtiſch-praktiſchen Auffaſſung verbinden. Erſtere wird in § 45[a], letztere hier ihren Platz finden. Wir werden zu dem Ende hier zunächſt die in der Überſchrift bezeichnete Frage von dem praktiſch-juriſtiſchen Werth des Formalismus erörtern und zu dem Zweck die Vortheile und Nachtheile desſelben gegen einander abwägen.

---

654b) Für dieſe Bemerkung hat die neuere Literatur ſeit dem Erſcheinen der erſten Auflage zwei höchſt beachtenswerthe Belege in Bezug auf den älteren deutſchen und älteren franzöſiſchen Prozeß gebracht, nämlich Siegel „die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgange“ (Sitzungsberichte der Wiener Akademie B. 51 S. 120 fl.) u. Brunner, Wort und Form im altfranzöſiſchen Prozeß (daſelbſt B. 57 S. 655 fl.), beide auch in Separatabdrücken erſchienen und beide nach Form und Inhalt gleich vorzüglich. Wie ſehr das Urtheil der Juriſten über die obige Erſcheinung nicht ſelten in die Irre gegangen iſt, zeigt das Beiſpiel von Heineccius, anerkannter Weiſe einem der gründlichſten und gewiegteſten Rechtshiſtoriker des vorigen Jahrhunderts. Derſelbe führt in ſeinen Antiq. jur. Rom. III, 14 die Einführung der römiſchen Vertragsform auf den Eigennutz der Patricier zurück: »patricii quorum intererat plebem litibus quam plurimis implicari, a naturali simplicitate (der Formloſigkeit) desciverant«! Auch noch in unſerer Zeit hat man es für nöthig gehalten, den Urſprung der Formeln des älteſten römiſchen Prozeſſes der Religion (ſ. § 47) zu entlehnen, gleich als ob dem Recht die Form etwas Fremdes wäre, das erſt von außen hätte importirt werden müſſen! Angeſichts ſolcher Verirrungen wird die Nothwendigkeit der folgenden Unterſuchung keiner Rechtfertigung bedürfen.

### 1. Die Nachtheile der Form.

Ich beginne mit ihnen, weil sie sich der unbefangenen Auffassung zuerst und ungesucht aufdrängen, während die Vortheile erst des absichtlichen Suchens und — muß ich hinzusetzen — um sie zu finden, des juristischen Auges bedürfen. Es verhält sich mit dem Formalismus wie mit so manchen andern Einrichtungen — das Drückende derselben fühlt Jeder, das Wohlthätige Niemand, weil letzteres nur negativer Art ist, d. h. darin besteht, daß sie Übel abwenden. Ein einziger Fall, in dem die Übelstände der Form in eclatanter Weise an die Öffentlichkeit treten, wie wenn z. B. ein Testament wegen eines Formfehlers für nichtig erklärt wird, oder ein Prozeß wegen Versäumniß der Form verloren geht, macht mehr von sich reden als die tausende von Fällen, in denen der Verlauf der Sache ein normaler war, und die Form ihre wohlthätige Bestimmung erfüllte. Kein Wunder, daß das Urtheil des Unkundigen sich dem Formalismus so abgeneigt erweist.

Die Nachtheile der Form lassen sich auf zwei Eigenschaften zurückführen: *ihre Gefährlichkeit* und *Unbequemlichkeit*. Beide sind mit der Form als solcher unzertrennlich verbunden, wie verschieden dieselbe im übrigen auch gestaltet sein möge; der letztere Umstand übt lediglich einen graduellen Einfluß aus.

Die Gefährlichkeit der Form beruht auf der Möglichkeit und den nachtheiligen Folgen des Formfehlers. Die Form erhebt den Anspruch einer genauen Kenntniß ihrer selbst und belegt die Unkenntniß, Unachtsamkeit, Ungeschicklichkeit, den Leichtsinnn mit empfindlicher Strafe. Das materielle Recht verlangt diese Eigenschaften in ungleich geringerem Grade. Einen formlosen Contract abschließen kann Jemand, auch wenn er die Rechtsgrundsätze, die bei ihm zur Anwendung gelangen, nicht kennt, in den Worten sich vergreift; das Recht und der Richter kommen ihm zu Hülfe. Aber einen formellen Contract kann nur derjenige abschließen, der die Form kennt und zu handhaben ver-

steht, der etwaige Mangel derselben wird nicht supplirt. Darum ist die Lage eines Unkundigen oder Unvorsichtigen innerhalb eines formellen Rechts eine ungleich gefährdetere als innerhalb eines formlosen. Im verstärkten Maße gilt dies da, wo er einem Kundigen gegenüber steht, der sich seine Unkenntniß oder Arglosigkeit zu Nutze macht. Der ehrliche, aber geschäftsunkundige Mann ist gegenüber dem geriebenen und gewissenlosen Geschäftsmann in einem formellen Recht ungleich mehr im Nachtheil als in einem formlosen, denn wer die Form zu handhaben versteht, dreht dem Arglosen einen Strick daraus, und vorzugsweise für ein formelles Recht gilt der bekannte Ausspruch: jura vigilantibus scripta sunt.[655])

Die Momente, nach denen sich der Grad der Gefährlichkeit der Form bestimmt, liegen theils in, theils außer ihr. Von letzterer wird an späterer Stelle die Rede sein; ich beschränke mich hier auf erstere. Es sind ihrer drei: das quantitative, das morphologische und das principielle Moment, d. h. es sind maßgebend die Zahl der Formen, ihr äußerer Zuschnitt und der principielle Charakter der ihre Beobachtung anordnenden Bestimmungen.

Was die Bedeutung des quantitativen Moments für die Leichtigkeit der Handhabung der Form anbetrifft, so darf ich auf Früheres (S. 329) Bezug nehmen. Je kleiner die Zahl der Formen, je mehr einige wenige Grundformen durch das ganze Recht hindurch gehen, um so leichter die Kenntniß und Anwendung derselben, um so geringer die Gefährlichkeit ihres Gebrauchs.

Unter dem morphologischen Moment der Form verstehe ich das rein Äußerliche der Form, ihre Gestaltung, ihren Zuschnitt. Es ist hier einer großen Verschiedenheit Raum geboten. Die Form kann sein einfach, bequem, leicht zu handhaben — complicirt, unbequem, schwerfällig, ob sie lediglich eine

655) L. 24 i. f. quae in fraud. (42. 8).

Thätigkeit der Partei oder auch die Mitwirkung anderer Personen, z. B. der Obrigkeit, der Zeugen erfordert, ob sie im Sprechen, Schreiben, Handeln besteht, kurz die Elemente, aus denen die Form gebildet worden ist, und die Art, wie sie es ist. Einige Beispiele sollen den Einfluß dieses Moments veranschaulichen.

Vergleichen wir die Form des römischen Testaments mit der der Stipulation. Erstere war weit complicirter als letztere, eben darum aber für die Handhabung ungleich schwieriger und gefährlicher. Aus je mehr Stücken eine Form besteht, um so mehr Quellen von Formfehlern schließt sie in sich. Für die Stipulation war lediglich maßgebend das eine Stück derselben: die vorherige Frage des Gläubigers; die Antwort des Schuldners, mochte sie in wörtlicher Wiederholung der Form oder im bloßen spondeo bestehen, hatte keine Schwierigkeit. Die Testamentsform hingegen erforderte die Rogation der Zeugen, die familiae emtio, die nuncupatio, die Anwendung der richtigen Formeln für die einzelnen Bestimmungen, die richtige Reihenfolge der letzteren, die unitas actus. Ein unfähiger Zeuge unter sieben, ein Mißgriff in der Formel der Erbeseinsetzung, und das ganze Testament mit allen seinen Anordnungen war hinfällig. Bei der Stipulation genügte jede Art der Wortfassung, wenn sie nur die Form der Frage an sich trug, und nur für gewisse Zwecke bedurfte es eines bestimmten Schlagwortes (spondeo, fidejubeo, fidepromitto u. a.).

Ein anderes ganz instructives Beispiel gewährt der Vergleich des Legisactionenprozesses mit dem Formularprozeß. Ersterer war ungleich gefährlicher als letzterer, und gerade dieser Umstand soll, wie Gajus[656]) uns berichtet, seinen Untergang herbeigeführt haben. Auch im Formularprozeß blieb, wie es einmal im Wesen der Form begründet ist, ein Mißgriff in der Form nicht ohne nachtheilige Folgen, allein der Zuschnitt dieser Prozeßform machte die Gefahr eines Formfehlers ungleich geringer. Denn im ältern

656) Gaj. IV § 30.

Prozeß ward die Form *gesprochen*, im neueren *geschrieben* — man verspricht sich aber leichter, als man sich verschreibt. Und sodann fiel das Sprechen dort der *Partei*, das Schreiben hier dem *Prätor* zu — eine Verschiedenheit, deren Bedeutsamkeit für unsern Gesichtspunkt ich nicht weiter auszuführen brauche. Dann endlich waren die Formeln dort bis ins Kleinste hinein unabänderlich fixirt — auch das Auslassen oder Vertauschen eines völlig gleichgültigen Wortes enthielt einen Formfehler — hier hingegen waren sie elastisch, und nur die wirklich entscheidenden Worte gaben den Ausschlag.

Die Bedeutung des dritten obigen Moments: des *principiellen*, glaube ich dem Leser am leichtesten veranschaulichen zu können, indem ich ein Beispiel aus einem neuern Gesetzbuch mittheile. Die Bestimmungen des preußischen Landrechts über die schriftliche Abfassung der Verträge[657]) gewähren ein Muster dafür, wie derartige Bestimmungen *nicht* sein sollen. Das Gesetz erfordert diese Form bei allen Verträgen, deren Gegenstand über 50 Thaler beträgt, durchbricht jedoch die Regel nach zwei Seiten hin, denn einmal soll es in fünf Fällen der Form schlechthin *nicht*, andererseits aber umgekehrt in zwölf Fällen derselben selbst dann bedürfen, wenn das Object jene Summe *nicht* erreicht, welche Anordnung aber zum Theil wiederum verschiedene Modificationen und Restrictionen erleidet.[658]) Schon das bloße

657) Die Belege zu dem Folgenden s. bei *Bornemann* Erörterungen im Gebiet des preußischen Rechts Heft 1. Berlin 1855. S. 144 fl. Auch das englische Recht würde sich haben benutzen lassen, man sehe z. B. *Gundermann*, Engl. Privatrecht I S. 226, 227, 230, 240, 242, 270.

658) S. folgende Beispiele bei *Bornemann* S. 168: „Die Realverträge über bewegliche Sachen bedürfen keiner schriftlichen Form, wenn nur das Rechtsverhältniß, welches nach den Gesetzen durch das Hingeben der Sache begründet wird, eintreten soll; Verabredungen über Nebenverpflichtungen müssen dagegen schriftlich festgestellt werden." S. 151: „Verträge, wodurch Jemand zu fortdauernden oder auf unbestimmte Zeit versprochenen wiederkehrenden persönlichen Leistungen verpflichtet wird, bedürfen schlechthin der Form, jedoch sind ausgenommen die Miethverträge mit gemeinem Ge-

Behalten dieſer Beſtimmungen würde eine Gedächtnißanſtrengung erfordern, die man kaum von einem Andern als dem Juriſten erwarten kann, und ich würde unbedenklich dies Thema zu den ſchweißtreibenden Fragen des juriſtiſchen Examens zählen. Und dieſes wüſte Conglomerat zuſammenhangs- und principloſer Verordnungen ſoll der Bürger und Bauer zum jederzeitigen Gebrauch bei der Hand haben? Fürs Volk eine Regel, die nach der einen Seite ein Dutzend, nach der andern beinah ein halbes Dutzend Ausnahmen erleidet? Und nun gar die Schwierigkeiten, die mit der Anwendung dieſer Beſtimmungen verbunden ſind. Man muß erſt taxiren, ob die Sache über oder unter 50 Thaler werth iſt, man muß wiſſen, ob die bei einem Realcontract beliebten Beſtimmungen eine Abweichung von dem geſetzlichen Typus des Geſchäfts enthalten oder nicht, was unter „Hausofficianten" zu verſtehen iſt (Gouvernante, Geſellſchafterin, Inſpector, Hausarzt?), was unter „gewagten Geſchäften" u. ſ. w. Derartige Beſtimmungen ſind Fallſtricke und Fußangeln, vom Geſetzgeber dem Verkehr gelegt, ungeſunde Producte der Studierſtube, die dem Volk ewig fremd bleiben werden. Denn ins Volk bringt nur, was aus dem Volk hätte hervorgehen können.

Es wird jetzt ein Leichtes ſein, auf Grund dieſer Exemplification den Begriff unſeres dritten Moments zu beſtimmen.

---

finde, bei welchem das Nehmen und Geben des Miethgeldes die Stelle des ſchriftlichen Vertrags vertritt. Dagegen müſſen Miethverträge mit Hausofficianten immer ſchriftlich errichtet werden." S. 160: „7. Pachtverträge über Landgüter. Iſt der Pachtvertrag bloß mündlich geſchloſſen, ſo gilt er nur auf ein Jahr. 9. Verlagsverträge. Iſt der Vertrag nicht ſchriftlich errichtet, die Handſchrift jedoch vom Schriftſteller abgeliefert worden, ſo gilt die mündliche Verabredung zwar in Anſehung des Honorars, in allen übrigen Stücken aber ſind die Verhältniſſe beider Theile lediglich nach den geſetzlichen Vorſchriften zu beurtheilen." Siehe noch Fall 10 und 12 bei Bornemann S. 160, 161. Schenkungen endlich bedürfen noch einer beſonderen Form, der gerichtlichen Abſchließung. Ein ſolches völlig principloſes Schwanken und Schaukeln zwiſchen Form und Formloſigkeit iſt geeignet, das Gefühl des Schwindels und der Seekrankheit zu erregen.

Dasſelbe betrifft die innere Geſtaltung des Formenweſens, die Frage nämlich, inwieweit die Beſtimmungen über die Nothwendigkeit der Form principieller oder caſuiſtiſcher und ſporadiſcher Natur ſind, ob ſie den Charakter der Einheit und Conſequenz oder den der Zerriſſenheit und Willkür an ſich tragen. Die höchſte Entfaltung dieſes und zugleich des zweiten Moments und die innigſte gemeinſame Durchdringung beider bethätigte ſich im altrömiſchen Recht an der Harmonie oder ich will lieber ſagen: dem Parallelismus der Formen und Begriffe, darin nämlich, daß die Form ſich den innern Unterſchieden des materiellen Rechts anſchmiegte, ſo daß alſo die Verſchiedenheit der Rechtsgeſchäfte nicht bloß in der Verſchiedenheit der Formen ſich kund gab, ſondern daß die innere Eigenthümlichkeit des oder der mit einer beſondern Form ausgeſtatteten Rechtsgeſchäfte in dem morphologiſchen Moment der Form ſich abſpiegelte und ausprägte. Es erhob ſich hier das bloß ſtoffliche Element der Form zur Höhe einer juriſtiſchen Kunſtſchöpfung. Man vergleiche einmal die Form der Stipulation, der Mancipation, der Abtretung vor Gericht (in jure cessio) und des Teſtaments. Die Form der erſten war die der Frage (spondesne, dabisne u. ſ. w.). Eine Frage aber iſt die Form der Beziehung, ſie wird gerichtet an eine beſtimmte Perſon, ſie iſt daher ganz angemeſſen für das relative Verhältniß der Obligation; die innere Nothwendigkeit einer gegenüber ſtehenden Perſon iſt durch die Form ſelber äußerlich angedeutet. Die Form des zweiten und dritten Rechtsgeſchäfts war die der Aſſertion, der Behauptung (Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra, Gaj. I. 119. — hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo, Gaj. II. 24); ebenfalls höchſt bezeichnend. Denn die abſolute Natur der in ihnen auftretenden Rechte findet in dem abſoluten Charakter der Form ihren Ausdruck. Eine Behauptung iſt unabhängig von der Beziehung zu einer beſtimmten Perſon. Oder mit andern Worten: die Stipulation und die durch ſie begründete Klage

war concipirt in personam, die Formel der beiden andern Rechtsgeschäfte und die auf sie sich stützende Klage in rem. Die Form des vierten Rechtsgeschäfts war die eines Befehls (heres esto, heredem esse jubeo, Gaj. II, 117. damnas esto, ibid. § 201, sumito, § 193, statt der letzteren auch do lego). Wiederum ganz treffend. Einmal in historischer Beziehung: als Reminiscenz an die ursprüngliche Gesetzesform der Testamente; sodann in dogmatischer Beziehung: als Ausdruck des in dem Testament sich verwirklichenden eigenthümlichen Rechts der Autonomie (wovon an anderer Stelle). Die Stipulation beschränkte ihre Wirkungen auf die handelnden Personen, die drei andern konnten dieselben möglicherweise auf andere ausdehnen. Auch dieser Unterschied erhielt seine morphologische Signatur; und zwar darin, daß dort die handelnden Personen für sich allein blieben, hier aber dritte Personen (Zeugen, Prätor) zugezogen wurden. Ein anderes Beispiel für die obige Behauptung gewährt die innere Ökonomie der Testamente (§ 47b).

Der zweite Übelstand der Form besteht in ihrer Unbequemlichkeit. Das bequeme Sichgehenlassen des Willens, wie die Formlosigkeit es verstattet, ist durch die Form unmöglich gemacht, denn es bedarf außer dem bloßen Wollen noch eines besonderen Ansatzes, eines eignen Aktes des Bewußtseins und der That, um der Form ein Genüge zu leisten. Dazu gesellt sich sodann ferner der hemmende Einfluß gewisser anderer Umstände. Der Stempel des Geschäftlichen, den die Form an der Stirn trägt, macht die vom Recht begehrte Anwendung derselben in manchen Lebenslagen äußerst schwer; die socialen Formen legen nicht selten gegen die juristische Form ein Veto ein. Wer könnte überall, wo eine Verabredung getroffen wird, mit der juristischen Form dareinfahren, wer sich jedes Anerbieten oder Versprechen schwarz auf weiß geben lassen?[659] Ein solches

659) Auf der billigen Erwägung dieses Umstandes beruhte vielleicht die Exemtion der Schenkung von der Stipulationsform im justinianischen

Verfahren würde nicht bloß in manchen Verhältnissen eine Verletzung aller Rücksichten des Anstandes und der Sitte, eine grobe Taktlosigkeit, sondern nicht selten durch das in ihr sich äußernde Mißtrauen eine schwere Beleidigung des andern Theils enthalten. In Wirklichkeit erreicht die Form hier den gerade entgegengesetzten Erfolg von dem, den sie bezweckt, denn anstatt die Sicherheit des Contrahirens zu erhöhen, schließt sie dieselbe gänzlich aus, verweist den Handelnden von dem festen Boden des Rechts auf den unsichern des persönlichen Vertrauens.

Das bisher Gesagte gilt für jede Form, wie immerhin sie auch beschaffen sei. Es ist aber begreiflich, daß gerade für die hier zur Betrachtung stehende Eigenschaft der Form die besondere Beschaffenheit derselben von entscheidendem Einfluß sein muß. Ich will dies an einigen Beispielen nachweisen.

Jede besondere Form hat ihre eigenthümlichen Inconvenienzen. Ist mündlicher Abschluß unter den Parteien vorgeschrieben, wie z. B. für die Stipulation und die meisten römischen Rechtsgeschäfte, so ist damit das Contrahiren unter Abwesenden abgeschnitten, man muß zu dem Zweck erst eine Reise machen oder Mittelspersonen benutzen, und der Strenge nach ist der Taube und Stumme von der Benutzung dieser Form ausgeschlossen, eine Consequenz, die das römische Recht in der That mit in den Kauf nahm.[659a]) Wird schriftliche Abfassung erfordert, wie durch das obige preußische Gesetz, so ist umgekehrt vielfach das Contrahiren unter Anwesenden erschwert, denn wer führt, wie Shylok, überall Papier, Dinte und Feder im

Recht, die sonst auf den ersten Blick etwas Befremdendes hat. Die Offerte eines Contractes rechtfertigt eine geschäftsmäßige Behandlung derselben von der andern Seite, nicht so aber das Versprechen einer Schenkung. Hängt hiermit auch die dotis dictio des älteren Rechts zusammen? Schwerlich, aber meiner Ansicht nach entschieden die Formlosigkeit der promissio dotis im neueren Recht, die man ohne Grund und ohne Noth zu einer pollicitatio erhoben hat.

659a) Ulp. XX. 13 (Testament) L. 1 pr. de V. O. (45. 1) (Stipulation) L. 1 pr. § 2, 3 de tut. (26. 1) (Tutoris auctoritas).

Gürtel mit sich? Der preußische Gesetzgeber verlegt das Contrahiren von dem Markt und der Straße auf die Stube und an den Schreibtisch, das römische Recht umgekehrt von letzterem auf jene — beides für sie und ihre Zeit gleich charakteristisch. Ist Errichtung vor Zeugen, vor Gericht oder vor dem Notar vorgeschrieben, so muß man, um zu contrahiren, erst Zeugen suchen, sich vor Gericht oder zum Notar verfügen. Wie nun, wenn die Zeugen nicht zu haben sind, wie z. B. in einsamer Gegend oder bei einer herrschenden Epidemie die 7 Testamentszeugen? [660]) Wie, wenn die Gerichtsstätte weit entfernt, [661]) oder die Umstände zum sofortigen Abschluß drängen, und Richter und Notar nicht sofort zu haben sind, oder der Vertrag die Kosten nicht trägt? Man sieht, daß jede Form, wie sie auch sei, ihre eigenthümlichen Nachtheile hat, durch die sich der Verkehr mehr oder minder beengt fühlen muß.

Die unvermeidliche Folge davon ist, daß er sich in dringlichen Fällen der Form entschlägt, ein *unförmliches* oder *formwidriges* (d. h. im Gegensatz zum *formlosen* als dem der Form nicht bedürftigen: ein der Form an sich bedürftiges, aber ihrer ermangelndes) Rechtsgeschäft abschließt. Eine *rechtliche* Wirkung hat dasselbe nicht, seine Wirkung ist ausschließlich auf den guten Willen des Verpflichteten, auf seine Scheu vor der öffentlichen Meinung, seine Gewissenhaftigkeit, Redlichkeit, Zuverlässigkeit, kurz auf die *bona fides* gestellt. Die Flucht des

---

660) Hierauf beruhen zwei Formen der erleichterten Testamentserrichtung: das testamentum ruri und tempore pestis conditum. Die Gestalt des Soldatentestaments hängt nur zum Theil damit zusammen, wohl aber das Aufkommen und die Zulassung der Fideicommisse.

661) Hierin lag eine der Ursachen der unförmlichen Rechtsgeschäfte der Römer in Fällen, in denen es der in jure cessio d. h. für Entfernte einer Reise nach Rom bedurfte, z. B. der unförmlichen Freilassung. Die beschränkte Anerkennung, die der Prätor der letzteren gewährte, war nur eine billige Berücksichtigung der in der Form gelegenen Inconvenienz, ähnlich wie in Anm. 659 und 660. Daß noch andere Motive mitwirkten, werden wir im dritten System zeigen.

Verkehrs vor der läſtigen Form wiederholt ſich überall, womit ich nicht die bloß ausnahmsweiſe unterlaſſene Beachtung, ſondern die zur Regel und zur Gewohnheit des Verkehrs gewordene Nichtbeachtung der Form meine. So in Rom, wie ſeiner Zeit ausgeführt werden ſoll, ſo auch in unſerm heutigen Verkehr, z. B. in den Ländern des preußiſchen Rechts.[662]) Das Syſtem der Verträge der bona fides im altrömiſchen Sinn, d. h. des lediglich auf Treu und Glauben baſirten Verkehrs iſt ein Product und Complement des Formalismus.

So wiederholt ſich alſo hier der bereits oben conſtatirte Widerſpruch der Form mit ſich ſelbſt und ihrem eignen Zweck. Beſtimmt, dem Verkehr einen höhern Grad der Sicherheit zu gewähren, veranlaßt ſie ihn umgekehrt, auf alle und jede rechtliche Sicherheit Verzicht zu leiſten, eine bequeme Unſicherheit einer unbequemen Sicherheit vorzuziehen. Man könnte es als eine Selbſtanklage des Formalismus, als das Eingeſtändniß ſeiner mangelnden abſoluten Durchführbarkeit bezeichnen.

Die beiden genannten Eigenſchaften der Gefährlichkeit und Unbequemlichkeit ſind ſolche, die man meiner Anſicht nach mit Recht dem Formalismus zum Vorwurf machen kann. Nicht ſo verhält es ſich mit einem Vorwurf anderer Art. Er betrifft die ethiſche Seite desſelben. Derſelbe iſt zwar meines Wiſſens noch von Niemanden beſtimmt formulirt und ausgeführt — ſeine Ausführung würde zugleich ſeine Widerlegung geweſen ſein — allein die ihm zu Grunde liegende Vorſtellung hat ſich doch in manchen Spuren und Anklängen vielfach geäußert, und für unklare Köpfe beſitzt ſie einen gewiſſen Reiz und Schein. Sie iſt namentlich befördert und unterſtützt durch eine hiſtoriſche Annahme, die nicht minder irrig iſt als ſie ſelber, nämlich daß das germaniſche Recht von jeher dem Grundſatz der Formloſigkeit der Verträge gehuldigt

662) So weiß ich z. B. aus meinem Vaterlande Oſtfriesland, in dem das preußiſche Landrecht gilt, daß der ganze Marktverkehr beim Getreide-, Butter-, Viehhandel ſich über das Erforderniß der ſchriftlichen Abfaſſung der Verträge hinwegſetzt.

habe.[663]) Wenn man dafür früher wohl das Sprüchwort: ein Mann ein Wort in Bezug genommen, so haben neuere Untersuchungen[664]) nachgewiesen, daß dasselbe mit der Frage von der bindenden Kraft formloser Verträge gar nichts gemein hatte, sich vielmehr lediglich auf den Prozeß bezog und für ihn den Grundsatz aufstellte, daß die Partei an ihre Behauptungen und Zugeständnisse vor Gericht gebunden war.

Hören wir die ethische Anklage des Formalismus. Welche Mißachtung des sittlichen Gefühls von Seiten des Rechts, das gegebene Wort wegen des geringsten Formfehlers für unverbindlich zu erklären, den schreiendsten Mißbrauch des Vertrauens, ich sage nicht einmal ungestraft, sondern selbst ungerügt zu lassen, der Schlechtigkeit und dem Betruge mittelst der Form einen sichern Schlupfwinkel zu erschließen! Welchen verderblichen Ein-

---

663) Der Versuch von Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, diese Behauptung zu beweisen, hat mich nicht überzeugt, s. dagegen Siegel Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, B. 1 S. 39 fl. Derselbe unterscheidet zwischen läugenbaren und unläugenbaren Schulden. Der Anspruch aus einem formlosen Vertrag konnte durch den bloßen Eid des Beklagten beseitigt werden, zur vollen Wirkung des Vertrags d. h. damit die Schuld eine unläugenbare sei, verlangt auch das germanische Recht eine Form. Der Gegensatz erinnert an den römischen des Legats und des fideicommissum heredi praesenti injunctum. C. A. Schmidt in seiner schwachen Schrift: Der prinzip. Unterschied zwischen dem röm. und german. Recht, Rostock 1853, ist so glücklich, auch an diesem Punkt wie in so manchen sein Ideal von Sittlichkeit im deutschen Recht verwirklicht zu finden. „Das germanische Vertragsrecht", sagt er S. 251, „ist ganz einfach auf die Vorschrift des Sittengesetzes gegründet, daß Verträge gehalten werden müssen." Anders dachte der alte Möser (S. Anm. 666) darüber, und sein Urtheil wiegt um so schwerer, als er eine durch und durch praktische und kernhaft deutsche Natur war. „Der Narr", sagte er in nicht sehr höflicher Weise, „der zuerst das Sprichwort: ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort so ausgelegt hat, daß ein ehrlicher Mann sein erstes Wort nicht widerrufen könne, hat mehr Unglück angestiftet als man glauben sollte."

664) Siegel, die Erholung und Wandlung im gerichtlichen Verfahren (Sitzungsberichte der Wiener Akademie B. 42 S. 201 fl.; auch als Separatabdruck erschienen, Wien 1863).

fluß muß der tägliche Anblick dieſes Schauſpiels auf das Rechtsgefühl des Volks ausüben. Die Stimme desſelben zum Schweigen bringen, heißt es nicht: dasſelbe abtödten? Die Form als das allein Entſcheidende hinſtellen, heißt es nicht: das Fundament des Verkehrs, die Treue, untergraben?

Was iſt darauf zu antworten? Zunächſt und vor allem, daß dieſe ganze Anklage von einer totalen Verkennung der eigenthümlichen Aufgabe des Rechts gegenüber der der Moral zeugen würde — ein Fehler, der freilich häufiger (und nicht bloß bei dieſer Frage) begangen wird, als man es erwarten ſollte, den es aber hier nicht der Ort iſt principiell zu widerlegen. Oder ſoll das Recht etwa jede moraliſche Verpflichtung zugleich zur rechtlichen erheben? Nun wohlan: höher als das Wort ſteht doch jedenfalls der Eid, und dieſelben ethiſchen Gründe, aus denen man vom Geſetzgeber begehren könnte, daß er das formloſe Verſprechen für erzwingbar erkläre, würden noch in verſtärktem Maße für das eidliche Verſprechen in die Wagſchale geworfen werden können. Das kanoniſche Recht hat denn in der That auch die Erzwingbarkeit desſelben feſtgeſetzt, aber eben damit in lehrreicher Weiſe gezeigt, wohin es führt, wenn der Geſetzgeber moraliſche Anforderungen zu rechtlichen erhebt. Durch jene Beſtimmung nämlich ward der Eid zu einem Mittel, um die heilſamſten Beſtimmungen des Rechts zu vereiteln. Alle Schutzmaßregeln, die das Recht für das Subject getroffen hatte, ließen ſich mittelſt des Eides beſeitigen (z. B. das Verbot des Zinswuchers, die Berufung auf Zwang, Betrug, das SC. Macedonianum, Vellejanum), und hätte nicht das kanoniſche Recht eine Art von Taſchenſpielerkunſtſtück angewandt, indem es bei erzwungenen, wucheriſchen u. a. Contracten zuerſt den Schuldner zur Erfüllung, ſodann aber den Gläubiger zur ſofortigen Rückgabe des Erhaltenen zwang, der Erfolg der ganzen Beſtimmung wäre vorzugsweiſe Wucherern und Betrügern zu Gute gekommen. Unſere Partikulargeſetzgebungen in Deutſchland haben jene Beſtimmung nach und nach faſt überall aufgehoben; hat dadurch der ſittliche Geiſt im Volk

Schaden gelitten? Gerade bei denjenigen Verhältniſſen, die der Geſetzgeber ſich ſelber überläßt, äußert ſich regelmäßig das ſittliche Gefühl des Volks am empfindlichſten, gleich als müßte es ſich ihrer bei ihrer rechtlichen Hülf- und Schutzloſigkeit in verdoppeltem Maße annehmen.[664a])

Ich muß ſodann noch auf eine andere Seite des Verhältniſſes aufmerkſam machen. Enthielt es ſchlechthin eine Unredlichkeit, wenn ein Römer ein von ihm in unförmlicher Weiſe abgeſchloſſenes Geſchäft (z. B. Tradition einer res mancipi, Verſprechen ohne Stipulationsform) nicht als verbindlich anerkannte? Man geht dabei unwillkürlich von der Suppoſition aus, daß es in ſeiner Abſicht gelegen habe, ſich wirklich juriſtiſch zu binden, und daß nur aus Nachläſſigkeit die erforderliche Form verabſäumt worden ſei. Allein es war auch der entgegengeſetzte Fall möglich, daß nämlich die Unterlaſſung der Form in der Abſicht ihren Grund hatte, ſich juriſtiſch nicht binden zu wollen, und ich glaube, es iſt keine zu kühne Annahme, wenn man für die ältere Zeit gerade dieſen Fall als die Regel, den andern aber als Ausnahme ſetzt. Wenn die Anwendung einer einem jeden Römer ſo geläufigen Form, wie der Stipulation, Mancipation u. ſ. w., unter Verhältniſſen unterblieb, die derſelben kein Hinderniß entgegenſetzten, ſo hieß dies nichts anders, als daß nach *übereinſtimmender Abſicht der Parteien* die Vereinbarung keinerlei rechtliche Wirkung haben, es vielmehr in das Belieben der Partei geſtellt ſein ſollte, davon abzugehen. Was *wir* erſt durch eine ausdrückliche Verwahrung erreichen müſſen, lag dort bereits ſtillſchweigend in der Nichtanwendung der Form. Tradition einer res mancipi bedeutete für den römiſchen Verkehr, was im heutigen Recht der Vorbehalt des Eigenthums (das ſogenannte pactum reservati dominii), die unförmliche Freilaſſung eines Sklaven war ſo viel als Ertheilung des faktiſchen Genuſſes der Freiheit

664a) Einen Beleg dafür wird uns der Verlauf der Darſtellung (B. 3 Abth. 2) an den klagloſen Verhältniſſen des älteren Rechts bringen.

mit Vorbehalt des Widerrufs: Freiheit auf Probe, unter der Bedingung des Wohlverhaltens. Kurz bei den Römern stand das pactum auf einer Linie mit unseren heutigen Tractaten, man wollte zunächst noch keine bindende Vereinbarung. Die Urgirung des Mangels der Form enthielt in allen diesen Fällen keine Treulosigkeit, sondern die Geltendmachung des Gewollten.

### 2. Vortheile der Form.

Wir haben bei der Darstellung derselben zwei besondere Gestaltungen genau von einander zu unterscheiden, nämlich diejenigen Vortheile, die in der Form als solcher gelegen sind, sich mithin bei allen formellen Geschäften wiederholen (allgemeine), und diejenigen, die auf der besonderen Eigenthümlichkeit dieser bestimmten einzelnen Form beruhen (besondere Vortheile).

Die Entscheidung eines Rechtsstreites besteht in der Anwendung des abstracten Rechts auf das concrete Verhältniß. Die Schwierigkeiten derselben können entweder in dem abstracten Recht gelegen sein, darin nämlich, daß die Bestimmungen desselben, die zur Anwendung kommen, an Unklarheit, Unbestimmtheit leiden u. s. w. — dagegen bietet die Form der Rechtsgeschäfte keine Hülfe — oder in dem concreten Verhältniß, sei es in der Zweifelhaftigkeit des rein factischen Vorganges (Beweisfrage), sei es in der Unbestimmtheit seines juristischen Charakters (Subsumtion, Diagnose) — ihnen zu begegnen ist die Form im Stande. Und zwar bewährt sich der allgemeine Nutzen der Form an denen der zweiten Art d. h. in Bezug auf die äußere Klarstellung ihres juristischen Charakters, während sie denen der ersten Art, der Beweisfrage zwar vorbeugen kann, wenn sie nämlich darnach eingerichtet ist (Errichtung des Geschäfts vor der Obrigkeit, Zeugen u. s. w.); dieser Vortheil gehört also zur Classe der besonderen.[1]

Jene Schwierigkeiten sind in den meisten Fällen durch die Partei selber verschuldet; die objective Zweifelhaftigkeit, Unklar-

heit des Rechtsgeschäftes ist regelmäßig nur die Folge der subjectiven Unklarheit, sei es des Denkens, des Wollens oder des Sprechens. Der Handelnde wollte z. B. dem Gegner nur den Gebrauch einer Servitut (precaria juris possessio) einräumen, aber er hat sich so ausgedrückt, als wolle er ihm die Servitut selbst gewähren, oder er war sich dieses rechtlichen Unterschiedes und der Nothwendigkeit der Entscheidung für die eine oder andere Möglichkeit gar nicht bewußt, sein Wille oscillirte, so zu sagen, in aller Unbefangenheit zwischen beiden in der Mitte.

Diese subjective Unklarheit und mit ihr eine der reichsten Quellen der Prozesse völlig auszuschließen, liegt außerhalb der Macht des Rechts. Aber viel, sehr viel kann immerhin zu diesem Zweck geschehen, theils durch freie Thätigkeit des Verkehrs (Benutzung stehender Formulare, Zuziehung von Juristen) theils durch das Recht. Das Mittel, das ihm dies ermöglicht, ist der Formalismus.[664b])

Die Form ist für die Rechtsgeschäfte, was das Gepräge für die Münzen. Wie das Gepräge uns die Prüfung des Metallgehaltes und des Gewichtes, kurz des Werthes der Münze erspart, eine Prüfung, der wir bei ungeprägtem Metall, wenn es zur Zahlung verwandt werden sollte, uns nicht entziehen könnten, so überhebt die Form den Richter der Mühe der Untersuchung, ob ein Rechtsgeschäft beabsichtigt ist, und wenn für verschiedene Rechtsgeschäfte verschiedene Formen festgesetzt sind, auch der Untersuchung, welches beabsichtigt ist. Im

664b) Der praktische Sinn hat dies zu allen Zeiten und bei allen Völkern richtig herausgefühlt, so z. B. beim Volke Israel, Michaelis Mosaisches Recht II § 81 (Verkauf, Tausch, Schenkung im Thor, auch wohl durch Ausziehung des Schuhs), bei den Türken, von Tornauw, Moslemitisches Recht S. 67 »Sigheh, die mündliche Verbindlichkeitserklärung, besteht in gewissen für jeden Vertrag besonders festgesetzten Ausdrücken und wird bei der definitiven Übereinkunft und Abschließung des Vertrags ausgesprochen. Mit der Erklärung der Sigheh ist die mündliche Verhandlung bei Eingehung der Verträge abgeschlossen"; specielle Beispiele dafür S. 87 daselbst (Kauf), S. 105 (Darlehn).

System der Formlosigkeit können beide Fragen mit den größten Schwierigkeiten verknüpft sein. Die erstere. So sehr im Begriff das Rechtsgeschäft von den vorbereitenden Handlungen, das wirkliche Sichbinden des Willens von der bloßen Ankündigung der vorhandenen Geneigtheit zum Binden sich abhebt, so sehr vermischen sich doch nicht selten die Gränzen beider in dem concreten Fall. „Ich will Dir legiren, verkaufen, schenken" kann heißen: 1. ich thue es hiermit, oder 2. ich mache mich verbindlich es demnächst zu thun, oder 3. ich habe die Absicht, wovon ich Dich hiermit in Kenntniß setze, aber in nicht anderer Weise und mit nicht anderer Wirkung, als von irgend einem anderen Gedanken, der in meiner Seele auftaucht, d. h. ich werde es thun, und Du magst es wissen, aber ich will nicht gebunden sein. Angenommen nun, daß letztwillige Verfügungen keiner Formen bedürften: welche endlose Streitigkeiten würden über den Sinn derartiger im Leben durchaus nicht seltener Mittheilungen heraufbeschworen werden. Im System des Formalismus ist die Äußerung der Absicht des Wollens durchaus ungefährlich, sie läuft nie Gefahr mit dem Wollen verwechselt zu werden, im System der Formlosigkeit hingegen droht stets die Gefahr, die Absicht für den Willen, den Willen für die bloße Absicht zu nehmen.

So dient also die Form als Stempel des fertigen juristischen Willens.[665]) Aber wie sie das Juristische vom Nichtjuristischen unterscheidet, so kann sie auch ersteres in sich wiederum abscheiden, d. h. den Gegensatz zwischen den verschiedenen rechtlichen Geschäften signalisiren. Ich will dies an dem obigen Beispiel der

665) Savigny System III. S. 238: „Ein Entschluß", sagt er, „über wichtige Dinge kommt selten mit einem Mal zur Reife; es pflegt ihm ein Zustand der Unentschiedenheit vorauszugehen, worin die Übergänge allmählig und unmerklich sind, und dessen Unterscheidung von dem vollendeten Wollen eben so schwierig sein kann, als sie für den später urtheilenden Richter unentbehrlich ist. Hier dient nun die Form als untrügliches Kennzeichen des reifen Entschlusses."

Servitut nachweisen. Die dem Richter vorgelegten Verhandlungen zwischen zwei Parteien über die angebliche Bestellung einer Servitut können ihn zwischen vier verschiedenen Annahmen schwanken lassen: 1. die Servitut ist bestellt (Dingliches Rechtsgeschäft), 2. sie ist bloß versprochen (Obligation), 3. es ist bloß die widerrufliche factische Ausübung der Servitut eingeräumt (Precarium), 4. es ist bloß die Absicht, die Geneigtheit zur demnächstigen Einräumung derselben ausgesprochen. Für den römischen Richter bot die Frage kaum eine Schwierigkeit, denn für den ersten Zweck bedurfte es der Mancipation oder der gerichtlichen Bestellung (in jure cessio), für den zweiten der Stipulation. Fehlte es an jeder Form, so konnte mithin nur der dritte oder vierte Fall vorliegen. Für die beiden letzten Fälle aber war der Mangel eines äußern Unterscheidungsmerkmals völlig gleichgültig, denn in beiden Fällen war alles auf den guten Willen des Concedenten gestellt, der Gegner hatte keine Klage, der Richter mußte ihn also mit letzterer hier wie dort abweisen. Für unseren heutigen Richter kann unter Umständen die Frage, ob eine im Testament bedachte Person nach Absicht des Erblassers Legatar oder Erbe sein soll, große Schwierigkeiten haben, für den römischen Richter waren dieselben durch die verschiedene Form der Erbeseinsetzung und der Legate völlig ausgeschlossen. [665a])

Der Nutzen der Form besteht also dem bisherigen nach in der Erleichterung und Sicherung der Diagnose — ein Gewinn, der scheinbar nur dem Richter, in der That aber auch der Partei und dem Verkehr zu gute kommt. Denn gleichwie unter der Schwierigkeit und Unsicherheit der pathologischen Diagnose weniger der Arzt als der Patient, so leidet unter der juristischen weniger der Richter als die Partei. Jene Erleichterung für

---

665a) Ein anderes Beispiel aus dem heutigen Recht gewährt der Mangel eines formellen Unterscheidungsmerkmals zwischen dem Erbvertrag und dem wechselseitigen Testament.

den Richter aber muß der Verkehr mit einem Opfer von seiner Seite erkaufen, die Mühe und Arbeit des Richters und der Parteien stehen im entgegengesetzten Verhältniß. Im Formalismus hat es der Richter bequem, die Partei unbequem, im System der Formlosigkeit umgekehrt die Partei bequem, der Richter unbequem.

Zu diesem ersten allgemeinen Vortheil der Form gesellt sich ein zweiter hinzu, der sich in der Person der Partei wirksam erweist. „Für das Gedeihen des Rechtsverkehrs", sagt Savigny,[666] „ist es wünschenswerth, daß Verträge nicht übereilt, sondern in besonnener Überlegung der daraus entspringenden Folgen geschlossen werden. Die Natur des formellen Vertrags (wie der römischen Stipulation) führt dahin, die besonnene Überlegung zu wecken, also jenen wünschenswerthen Zustand zu befördern." Bei solchen Formen, die mit einem gewissen Aufschube verbunden sind, wie z. B. gerichtliche Errichtung oder Insinuation ist dies unzweifelhaft richtig, für die Stipulation könnte man geneigt sein es zu bestreiten, weil der mit ihr verknüpfte Aufenthalt viel zu kurz war, um einer Partei, die in Aufregung oder Übereilung etwas versprochen hatte, Zeit zu lassen sich zu beruhigen und zu besinnen; eine Stipulation erforderte kaum eine Minute. Allein es würde verkehrt sein, jenen heilsamen Einfluß der Form lediglich in dem durch sie veranlaßten Aufschub finden zu wollen. Er liegt vielmehr in ihr selbst, in der Vorstellung des Geschäftlichen, rechtlich Gebundenen u. s. w., die sich mit ihr verknüpft, darin, daß sie diejenige Stimmung in dem Handelnden hervorruft, in der sich jeder beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts befinden soll, die geschäftsmäßige. Für das römische Ohr war das kleine Wörtchen spondesne, sobald es im Lauf des Gesprächs ertönte, die Kundgebung, daß die Unterhaltung, welche bis dahin einen

666) Obl. Recht II. S. 219. Diesen Gesichtspunkt hatte bereits Möser patriot. Phantas. Bd. 2 XXIV (Berlin 1778) S. 121 fl. in seiner launigen, aber höchst treffenden Weise hervorgehoben.

unjuriſtiſchen, freundſchaftlichen Charakter an ſich getragen hatte, einen geſchäftsmäßigen Charakter annehmen ſolle, ſie war das Signal für einen Akt von rechtlicher Natur und Bedeutung. Wer im Fluß der Rede Zuſicherungen ertheilt hatte, mußte ſtutzig werden, ſowie der Gegner ihn beim Wort nahm und die Sache rechtlich feſt machen wollte (denn dies war die Bedeutung des römiſchen stipulari). Mit dem spondesne? trat an ihn die Nöthigung heran, ſich über die Natur ſeiner Äußerungen, Zuſicherungen klar zu werden, ſich den Inhalt, die Tragweite und die Folgen der ihm zugemutheten Stipulation zu vergegenwärtigen. Jenes Wörtchen hatte alſo den unſchätzbaren Werth ein Wecker des juriſtiſchen Bewußtſeins zu ſein. Wie manche Zuſicherungen, Verſprechungen u. ſ. w. werden heutzutage ertheilt, bei denen der Redende, ſo ernſtlich er auch geſonnen iſt, ſie zu halten, ſich doch die Möglichkeit einer demnächſtigen zwangsweiſen Geltendmachung derſelben von Seiten des Gegners gar nicht vergegenwärtigt, und bei denen, träte ihm die Hinweiſung darauf durch das Anſinnen einer formellen Beſtärkung derſelben ſofort entgegen, er die Übernahme einer rechtlichen Haftung entſchieden verweigern würde. Erſt die Klage bringt ihn zum Nachdenken, und die Entſcheidung einer Frage, die, rechtzeitig aufgeworfen, ihn ein einziges Wort gekoſtet hätte, wird Gegenſtand eines unerquicklichen, langwierigen und oft höchſt zweifelhaften Streites. Schließt der Formalismus die Gefahr in ſich, daß Jemand, der wirklich die Abſicht hatte, ſich juriſtiſch zu binden, wegen eines Formfehlers freigeſprochen wird, ſo birgt das Syſtem der Formloſigkeit die entgegengeſetzte in ſich, daß nämlich Jemand, der nicht dieſe Abſicht hatte, wider ſeinen wahren Willen zur Haftung herangezogen wird; welche Gefahr die bedenklichere iſt, wird nicht Gegenſtand eines Zweifels ſein.

Ich wende mich jetzt den beſonderen Vortheilen der Form zu. Ich verſtehe darunter, wie oben bemerkt, diejenige, die auf einer eigenthümlichen Geſtaltung der Form (z. B. der Schriftlichkeit, Öffentlichkeit) beruhen. Bei einer Einführung der Form

auf legislativem Wege (wie z. B. im späteren römischen Recht bei der der instrumenta publica vel quasi publica, und der Insinuation, im preußischen Recht bei der der schriftlichen Aufzeichnung der Verträge) bilden vorzugsweise sie das Ziel, welches der Gesetzgeber im Auge hat, und das ihn veranlaßt, der Form gerade diesen bestimmten Zuschnitt zu geben. Ich will die gangbareren Formen in dieser Rücksicht einer Prüfung und Vergleichung unterwerfen.

Es ist ein Vorzug der schriftlichen Aufzeichnung des Rechtsgeschäfts vor der mündlichen Errichtung, daß sie den demnächstigen Beweis desselben sichert. Die Zuziehung von Zeugen gewährt einen ähnlichen Nutzen, aber die Fixirung des Rechtsgeschäfts in der Erinnerung der Person ist zunächst eine minder sichere und genaue als die durch die Schrift, denn das Gedächtniß behält gewöhnlich nur den Sinn, nicht die Wortfassung, und doch kann gerade letztere unter Umständen von höchster Wichtigkeit werden. Jene Fixirung ist aber ferner eine minder dauerhafte, denn sie ist abhängig von dem Erinnerungsvermögen und dem Leben der Zeugen; bei solchen Rechtsgeschäften, die eine Menge detaillirter, schwer zu behaltender Bestimmungen, Zahlen u. s. w. enthalten, wie z. B. nicht selten die Testamente, ist sie überall völlig ungeeignet. Einen andern folgenreichen Differenzpunkt zwischen beiden Formen bietet der Umstand dar, daß die eine die völlige Geheimhaltung des Rechtsgeschäfts möglich macht, die andere eine Mittheilung desselben an die Zeugen erfordert; ersteres wird mehr dem Interesse der Partei, letzteres mehr dem dritter Personen und des Verkehrs entsprechen.[667]) Beide Formen lassen sich übrigens auch verbinden, wie z. B. in unserer heutigen Form der Errichtung vor Notar und Zeugen. Eine eigenthümliche Combination derselben enthielt das schriftliche Privattestament des römischen Rechts, insofern es dem Testator

667) Einen hierauf bezüglichen Gesichtspunkt in Betreff der mündlichen Errichtung des Testaments habe ich S. 148 hervorgehoben.

verſtattete, den Zeugen den Inhalt des Teſtaments vorzuenthalten. Die höchſte Steigerung der ſchriftlichen Form beſteht in der amtlichen Aufzeichnung (die römiſche Inſinuation, die moderne Eintragung in die Flur-, Lager-, Hypothekenbücher, Handelsregiſter, Aufnahme zu Protokoll), die höchſte Steigerung des Zeugniſſes in dem amtlichen Zeugniß (testam. in comitiis calatis, judici oblatum, in jure cessio).

Die allgemeinen Vortheile der Form beſchränken ſich auf diejenigen Perſonen, welche in unmittelbare Berührung mit dem Rechtsgeſchäft treten; die Parteien und den Richter, die beſondern erſtrecken ihre Wirkungen ungleich weiter. Hervorhebung verdient in dieſer Beziehung namentlich die Öffentlichkeit der Form, welche das Rechtsgeſchäft zur allgemeinen Kunde bringt. Durch ſie erhielten in Rom z. B. die Gläubiger eines Schuldners, der ſich arrogiren laſſen wollte, Gelegenheit, rechtzeitig ihre Anſprüche geltend zu machen,[667a] und erſt als Arrogationen nicht mehr vor der Volksverſammlung vorgenommen wurden, und damit dieſes in der Form gelegene Sicherungsmittel hinweggefallen war, bedurfte es für die Gläubiger eines eigenen ſelbſtändigen Schutzmittels (der in integrum restitutio propter capitis deminutionem). Einen ähnlichen Dienſt leiſtete die alte Form der Teſtamentserrichtung vor verſammelter Gemeinde (testamentum in comitiis calatis) den Verwandten des Teſtators.[668] Auch wer die von mir früher (I. S. 145) aufgeſtellte Hypotheſe nicht theilt, daß das Volk in gleicher Weiſe wie über die Geſetze auch über die Teſtamente abgeſtimmt und mithin das Recht gehabt habe, unbillige, liebloſe Teſtamente (inofficiosa) zu verwerfen, wird mir wenigſtens darin beiſtimmen, daß die Publication

667a) Bei der griechiſchen Annahme an Kindes Statt beſtand dafür die Form, daß Jeder, der Einſprache erheben wollte, das Opferthier wegführte, damit ward die Sache in den Weg Rechtens geleitet.

668) Aus heutiger Zeit nenne ich das öffentliche Aufgebot bei der Eingehung der Ehe. — Daß auch fiscaliſche, polizeiliche, ſtatiſtiſche u. ſ. w. kurz ſtaatliche Zwecke durch die Form verfolgt werden können, liegt auf der Hand.

des letzten Willens vor dem gesammten Volk *factisch* eine gewisse Garantie gegen einen schnöden Mißbrauch der Testirfreiheit gewährte. Denn sie setzte ihren Urheber noch bei seinen Lebzeiten der Kritik des öffentlichen Urtheils und dem Groll und der Verfolgung der in ihren Erwartungen getäuschten Verwandten aus. Als die heimliche Form der Testamente aufkam, und damit dieses Correctiv gegen jene Gefahr hinwegfiel, mußte der Ausfall durch Rechtsbestimmungen materieller Art gedeckt werden, und diesem Zweck verdankte die querela inofficiosi ihre Entstehung. So *ersetzt die Form nicht selten materielle Rechtssätze* — durchgreifende Veränderungen in der Form werden immer eine Veränderung des materiellen Rechts zur Folge haben.

### 3. Das Verhältniß zwischen den Vortheilen und Nachtheilen.

Mit dem im bisherigen versuchten Nachweis der Vortheile und Nachtheile des Formalismus ist die oben von uns aufgeworfene Frage von dem praktischen Werth des Formalismus wenn auch ihrer Beantwortung näher geführt, so doch noch keineswegs beantwortet. Zu diesem Zweck ist vielmehr die Untersuchung speciell darauf zu richten, welche von ihnen beiden überwiegen.

Wie die Vortheilhaftigkeit eines abgeschlossenen Kaufes sich nicht darnach bestimmt, welchen Werth der gekaufte Gegenstand hat, sondern darnach, in welchem Verhältniß der Werth der Sache und der Preis zu einander stehen, so läßt auch der praktische Werth einer Einrichtung sich nicht einseitig nach ihren vortheilhaften Wirkungen, sondern nur darnach bemessen, wie hoch der Preis ist, um den sie erkauft werden muß, d. h. welche nachtheiligen Wirkungen neben den vortheilhaften mit in den Kauf genommen werden müssen. Und die vortheilhaften und nachtheiligen Wirkungen treten nicht überall in gleicher Weise hervor, bilden keine constante, sondern eine variable Größe, so daß also der Werth von Rechtseinrichtungen sich nie abstract, absolut, sondern relativ, mit Rück-

ſicht auf die Vorausſetzungen beſtimmen läßt, welche ſie vorfinden. So auch mit dem Formalismus.

Unſer heutiges Recht hat für Contracte im allgemeinen den Grundſatz der Formloſigkeit adoptirt, den Wechſelvertrag dagegen dem Geſetz der äußerſten formellen Strenge unterſtellt. Dieſe Thatſache berechtigt uns zu dem Schluß, daß die Bilanz zwiſchen den Vortheilen und Nachtheilen des Formalismus bei jenen Verhältniſſen eine verſchiedene iſt; bei dem Wechſel machen ſich die Koſten bezahlt, bei den Contracten des gewöhnlichen Lebens nicht.[669]) Für letztwillige Verfügungen, Übertragung von Grundeigenthum, Beſtellung von Hypotheken, Prädialſervituten u. ſ. w. haben die neueren Rechte theils die Formen des römiſchen beibehalten, theils neue angeordnet. Gerade bei ihnen ſtellt ſich wiederum die Bilanz für den Formalismus beſonders günſtig. Denn einmal hat für ſie die Form einen viel höheren Werth als für die Contracte, da letztere ihre Wirkungen auf die handelnden Perſonen beſchränken und in verhältnißmäßig kurzer Zeit ſich ausleben, während jene ihre Wirkungen ſowohl in Bezug auf die Zeitdauer als auf die betheiligten Perſonen ſehr weit erſtrecken können. Im gleichen Verhältniß mit dieſer Ausdehnung wächſt die Nothwendigkeit einer formellen Beglaubigung des Rechtsgeſchäfts. Andererſeits aber ſind die Nachtheile hier wiederum weniger drückend. Denn diejenigen Rechtsgeſchäfte, die ſich raſch conſumiren, wie z. B. die Realcontracte, die Conſenſualcontracte mit Ausnahme der Societät, werden auch regelmäßig ohne lange Vorbereitung abgeſchloſſen, ja ein durch eine ſchwerfällige Form veranlaßter Aufſchub könnte bei ihnen unter Umſtänden das Zuſtandekommen geradezu verhindern. Nicht ſo bei denen, die ich oben genannt habe. Sie drängen und eilen nicht ſo ſehr, regelmäßig geht ihrem Abſchluß eine längere Zeit der Vorbereitung, Überlegung, Verhandlung voraus, und ob dieſe Zeit durch die

669) Mit gutem Grunde hat daher auch unſer Handelsgeſetzbuch auf die kaufmänniſchen Verhältniſſe das Princip der Form in energiſcher Weiſe zur Anwendung gebracht.

Zuthat der Form um etwas vermehrt wird, fällt nicht schwer ins Gewicht. Sodann endlich bietet das Leben zu ihnen bei weitem nicht so häufig Anlaß; auf tausend Contracte kommt vielleicht kaum ein Testament, auf hundert Eigenthumsübertragungen beweglicher Sachen kaum eine einer unbeweglichen Sache. Auf diese Weise erklärt und rechtfertigt sich der einfachere Zuschnitt der römischen Stipulation gegenüber dem complicirteren der Mancipation und der Abtretung vor Gericht.

So variirt also die Bilanz zwischen den Vortheilen und Nachtheilen des Formalismus nach Verschiedenheit der Rechtsinstitute; eine Form, die für das eine Institut höchst angemessen ist, würde für das andere möglicherweise unerträglich sein. Nicht minder aber variirt dieses Verhältniß der beiden Seiten des Formalismus nach Verschiedenheit der gegebenen historischen Prämissen. Im römischen Recht bildet das Erforderniß der Form die Regel, bei uns die Ausnahme.

Hätten die Römer den Druck ihres Formenwesens in dem Maße empfunden, wie wir ihn empfinden müßten, sie würden sicherlich nicht unterlassen haben, sich desselben zu entledigen, wie sie es ja z. B. bei dem Legisactionenprozeß und später bei den Formeln letztwilliger Verfügungen in Wirklichkeit gethan haben. Der Druck kann also für sie kein so schwerer gewesen sein, und dies führt uns auf zwei Umstände, welche ebensowohl für die relative Natur des Formalismus im allgemeinen als für das specielle Verständniß des römischen Formalismus von hoher Bedeutung sind. Die erste ist die bereits früher (S. 410 u. fl.) mit besonderem Hinblick auf den Formalismus besprochene Stellung der römischen Jurisprudenz zum Volk, die Allgegenwart der Juristen im Leben und die Unentgeltlichkeit ihrer Dienstleistungen. Der zweite Umstand besteht in einer Eigenschaft, die, wenn auch dem römischen Volk keineswegs eigenthümlich, sich dennoch bei ihm in ungleich höherem Grade vorfand als mit Ausnahme des englischen bei allen Völkern der Gegenwart, ich meine jenen nationalen Zug zur Form, den ich im Folgenden als Formsinn bezeichnen und

einer näheren Betrachtung unterziehen werde, eine Eigenſchaft, die dem römiſchen Volk die Formen nicht als etwas äußerlich Aufgedrungenes, Poſitives, Fremdartiges, ſondern als etwas Selbſtverſtändliches, Natürliches erſcheinen ließ.

## 2. Die hiſtoriſchen Gründe des Formalismus.

**Culturhiſtoriſche Bedeutung desſelben — die Periode der Sinnlichkeit — der Formſinn — Symboliſche und repräſentative Handlungen — die reſidnären Formen. — Die Form als Trägerin des hiſtoriſchen Continuitätsbewußtſeins — die conſervative Kraft der Form.**

XLV[a]. Es iſt bereits oben (S. 478) bemerkt, daß es irrig ſein würde, das Daſein der Formen im Recht ausſchließlich auf den im bisherigen nachgewieſenen praktiſchen Nutzen derſelben zurückzuführen. Richtig iſt dieſe Anſicht nur für diejenigen Formen, welche durch einen Akt der Geſetzgebung ins Leben gerufen ſind, denn ſie ſind eingeführt eines beſtimmten Zweckes wegen, ſie verdanken ihr Daſein und ihren beſtimmten Zuſchnitt ausſchließlich einem praktiſchen Motiv; ſolche Formen dürfte man am paſſendſten tendentiöſe nennen, denn ſie treten in die Welt mit einer beſtimmten Tendenz an der Stirn.

Anders bei denjenigen Formen, die aus dem Leben und dem Volke ſelbſt hervorgegangen ſind, wie dies für alle der Urzeit des Rechts angehörige (naive) Formen gilt. Der Umſtand, daß ſie nicht mit Abſicht und Bewußtſein eingeführt, daß ſie nicht gemacht, ſondern geworden ſind, ſchließt zwar die Möglichkeit nicht aus, daß unbewußt und inſtinctiv das Gefühl des praktiſchen Nutzens der Form bei ihrer Bildung mitgewirkt habe.[671]) Allein

671) Auf dieſen „der Nation inwohnenden bewußtloſen Bildungstrieb, in welchem aber das Bedürfniß der heilſamen Folgen wirkſam iſt", ſtellt Savigny Syſtem B. 3 S. 239 die Sache. Im Obligationenrecht Bd. 2 S. 220 äußert er ſich nur dahin, daß dieſe Formen auf „uralter Volksſitte beruhen". Der obige Gegenſatz im Text iſt es, der Puchta bei ſeinem verunglückten Verſuch einer Scheidung zweier Arten von Rechtsformen (ſ. oben Note 652[a]) vorgeſchwebt hat.

daß ſie nicht ausſchließlich dieſem Motive ihren Urſprung verdanken, daß vielmehr noch andere Gründe ſowohl bei der erſten Bildung als bei der Erhaltung derſelben wirkſam werden, ihr Unterſchied von den tendentiöſen alſo nicht bloß in der Verſchiedenheit der Rechtsquelle (Geſetz und Gewohnheitsrecht) beſteht, durch die ſie eingeführt werden (in welchem Fall die Unterſcheidung derſelben völlig unberechtigt ſein würde), dies, ſage ich, läßt ſich aus manchem abnehmen. Zunächſt aus dem morphologiſchen Zuſchnitt derartiger Formen. Derſelbe iſt nicht bloß ungleich voller, reicher, als er durch das rein praktiſch-juriſtiſche Intereſſe geboten ſein würde (man denke z. B. an die römiſchen Hochzeitsfeierlichkeiten), ſondern er kann ebendadurch dem letzteren widerſtreben. Jeden Zweifel aber beſeitigt der Umſtand, daß derartige Formen ſich auch auf anderen Gebieten wiederholen, und zwar auf Gebieten, für die der Geſichtspunkt des praktiſchen Werths der Form keine Anwendung leidet, wie z. B. auf dem des religiöſen Cultus, und eben dieſe Wahrnehmung kann und muß uns hier auf den rechten Weg leiten, uns nämlich zu der Erkenntniß führen, daß wir in dem Formalismus keine ſpecifiſch rechtliche, ſondern eine allgemein culturhiſtoriſche Erſcheinung zu erblicken haben, die innerhalb des Rechts nur einen ungewöhnlich günſtigen Boden vorfindet, nur eine beſonders geſteigerte Wirkſamkeit entfaltet.

Der Formalismus in dieſem weiteſten Sinne bezeichnet eine nothwendige Phaſe in der Entwicklungsgeſchichte des menſchlichen Geiſtes. Wie der in den Banden des ſinnlichen Denkens befangene Geiſt überall, wo es die Darſtellung eines Innerlichen gilt, zu ſinnlichen Ausdrucksmitteln ſeine Zuflucht nimmt, zu Bildern in der Sprache, zu Perſonificationen in ſeiner Natur- und religiöſen Anſchauung, zu Symbolen bei ſeinen Begriffen, ſo benutzt er auch die Handlung, um ſeinen Gefühlen, Stimmungen, Ahnungen, Entſchlüſſen eine ſinnlich-ſubſtantielle, plaſtiſche Geſtalt zu geben. So wird ihm das Unſichtbare ſichtbar, das Ferne nahe, das Innerliche an die Oberfläche gerückt. Dies iſt die Sprache, die er verſteht, und durch die er ſeine Unbehülflichkeit im abſtrac-

ten Denken und Reden ausgleicht. Und eben weil sie ihm natürlich und nothwendig ist, gelingt ihm die Darstellung in und mit ihr in einer Weise, mit der alle Kunst und Überlegung der abstracten Periode sich nicht messen kann. Ein einziges Zeichen erschließt ihm das Wesen des Verhältnisses oft besser und hält es ihm sicherer gegenwärtig und geläufig, als alle Worte es vermöchten. Was er ergreift und faßt, ist allerdings zunächst nur das Äußere, die Schale, allein unbewußt hat er in ihr ein geistiges Samenkorn in sich aufgenommen, das auch auf minder günstigem Boden seine Triebkraft entfaltet, das unvermerkt keimt und sproßt, dem Gemüthe eine gewisse Stimmung, der Phantasie Nahrung verleiht und so dem Geiste nach und nach eine Ahnung des Gedankens zuführt, den es in sich birgt.

Zeichen und Handlungen, die diesen Zweck haben, einen geistigen Inhalt in jener Weise sinnlich darzustellen, heißen bekanntlich *symbolische*. Symbol ist ein sinnliches Ausdrucksmittel für etwas Übersinnliches; wo das Auszudrückende seinerseits wieder etwas Sinnliches ist, wie z. B. wenn im römischen Recht[672]) bei der Vindication das Grundstück durch eine Scholle oder im germanischen Recht bei der Tradition durch Rasen und Zweig[673]) vertreten wird (Pars pro toto), sollte man den Ausdruck vermeiden (sonst könnte man auch das Gemälde oder die Skizze ein Symbol des Gegenstandes nennen, den sie darstellen sollen), und ich werde für diese letztere Art im Folgenden den Ausdruck: *repräsentative* Darstellung gebrauchen. Der Speer war ein Symbol des Eigenthums, denn er drückte etwas Inneres, Geistiges aus: die rechtliche Macht und Herrschaft des Eigenthümers, dagegen der Stab, dessen man sich an seiner Statt bediente, kein Symbol, sondern ein Surrogat, ein Repräsentant des

672) Gaj. IV, 17.

673) J. *Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer S. 111 fl., 121 fl. Auch im englischen Recht, *Gundermann*, Englisches Privatrecht I S. 206 (ein Thürring oder Riegel, ein Baumast, Zweig, ein Stück Rasen vom Lande).

Speeres.[674]) Nicht minder war der Scheingang zum Grundstück, zu dem der Prätor bei der Vindication die Parteien aufforderte,[675]) keine symbolische Handlung, sondern eine Scheinhandlung (§ 46), er sollte etwas *Äußeres*: das wirkliche Gehen zum Grundstück vorstellen und ersetzen. Ebensowenig verdient daher das Geschäft per aes et libram den Namen einer symbolischen, sondern nur einer Scheinzahlung, denn das, was hier veranschaulicht wird, ist die Zahlung in alter Form, also wiederum etwas Äußeres. Sonst würde man auch die 30 Lictoren, welche in späterer Zeit bei der Arrogation die 30 Curien repräsentirten, als symbolische Volksversammlung zu bezeichnen haben. Dagegen war es eine symbolische Handlung, wenn der Sklave bei der Freilassung sich herumdrehen mußte, denn die Veränderung seiner *äußeren Stellung* (des status im natürlichen Sinn) sollte ein Zeichen sein für die seiner *inneren* (des status im juristischen Sinn). Ich will übrigens nicht verkennen, daß sich die Gränzen zwischen den symbolischen und repräsentativen Handlungen im einzelnen Fall sehr verwischen können, und habe gegen die eben gerügte Ungenauigkeit im Gebrauch des ersteren Ausdrucks nichts zu erinnern, wenn man sich nur des Unterschiedes beider Arten von Handlungen dabei bewußt bleibt.

Symbole und symbolische Handlungen sind die Sprache des kindlichen Geistes — eine Hieroglyphenschrift, deren er sich bedient, weil er die Buchstabenschrift der abstracten Darstellung noch nicht erfunden, für sie noch kein Verständniß hat. Allein es ist doch nicht die Noth *allein*, die ihn zu dieser Zeichensprache treibt, nicht das bloße Unvermögen oder die Unbeholfenheit des abstracten Ausdrucks, sondern es ist zugleich das sinnige Behagen, das poetische Wohlgefallen an der sinnlichen Gestaltung des Geistes, es ist der Reiz der *Plastik des Gedankens*. Denn zunächst treffen wir jene Darstellungsweise keineswegs bloß bei solchen Gedanken an, die durch ihre Tiefe zum Gebrauch derselben

674 Gaj. IV, 16.

675) Cic. pro Murena 12: Inite viam ... redite viam.

nöthigen. Der geistige Kern des Symbols ist nicht selten ein so platter und dürftiger, daß auch die Mittel einer noch so wenig entwickelten Sprache zur Formulirung desselben vollkommen ausgereicht haben würden, ja manche Formen — ich erinnere z. B. an die repräsentativen — schließen überhaupt gar keinen Gedanken in sich. Und sodann: wäre es bloß jener Grund allein gewesen, so hätte der Fortschritt der geistigen Entwicklung oder, was dasselbe, die Ausbildung der Sprache — denn was der Geist erwirbt, bucht die letztere — eine allmählige Verdrängung der Formensprache nach sich ziehen müssen, auf der Höhe der Cultur müßten alle Reste der naiven Periode abgethan sein, und die Form, insoweit nicht, wie im Recht, ein praktisches Motiv ihr das Dasein fristet, dem nackten, dürren, abstracten Gedanken Platz gemacht haben. Dies ist aber keineswegs der Fall.

Also: der Formalismus ist nicht bloß ein Nothbehelf des nach dem Ausdruck ringenden Geistes, er hat nicht bloß seinen Grund in der ursprünglichen Unvollkommenheit der Sprache. Zu diesem ersten Motiv seines historischen Auftretens, das sich mit der Kindheitszeit der Völker erschöpft, gesellt sich vielmehr noch ein zweites hinzu, das dieselbe weit überdauert. Es ist das so eben angegebene: das Wohlgefallen an der Äußerlichkeit, die Freude am Sinnlichen, kurz der Formsinn.

Die Anziehungskraft, welche die Form in dem obigen Sinn d. h. die traditionelle, typische Darstellung der Gefühle und Gedanken durch das plastische Medium von Handlungen und Zeichen auf den menschlichen Geist ausübt, ist mannigfaltiger Art. Fesselt sie den poetischen Sinn von der rein ästhetischen Seite durch das plastische und dramatische Element, mit dessen Hülfe sie die Vorgänge des Lebens zu verschönern weiß, so empfiehlt sie sich dem nüchternen, verständigen Sinn von der praktischen Seite durch die Ordnung, Regelmäßigkeit, Gleichmäßigkeit, Sauberkeit des menschlichen Seins und Thuns, und von der ethischen Seite endlich gewinnt sie das Gemüth für sich, indem sie dasselbe mit dem Gefühl des Ernstes und der Feierlichkeit durchdringt, den

Handelnden über ſich ſelbſt und das rein Individuelle und Vergängliche ſeiner momentanen perſönlichen Situation auf die Höhe der allgemein menſchlichen, typiſchen Bedeutung des Akts erhebt, ihn mit denen, die vor ihm da waren und nach ihm da ſein werden, in eine weihevolle Verbindung bringt.

Dieſe Mannigfaltigkeit der Anknüpfungspunkte, welche die Form dem menſchlichen Geiſte darbietet, iſt maßgebend für die ſpecielle Geſtaltung, die ſie ſowohl bei den verſchiedenen Völkern und auf den verſchiedenen Culturſtufen als auf den verſchiedenen Gebieten, Kreiſen, Sphären des menſchlichen Denkens, Fühlens und Lebens annimmt. Die Formen bei einem Volk von überwiegend verſtändiger Art tragen einen andern Charakter an ſich als die bei einem mehr poetiſchen, die des Rechts einen anderen als die des religiöſen Cultus. Dazu geſellen ſich ſodann noch gewiſſe der Form an ſich fremde Elemente: der mehr conſervative oder bewegliche Charakter des Volks oder Kreiſes, bei dem ſie gelten, die äußeren Verhältniſſe desſelben, die locale Abgeſchiedenheit (z. B. der Bergleute), die abſichtliche Abſperrung desſelben (z. B. die der Zünfte in den letztverfloſſenen Jahrhunderten) und endlich der Einfluß der Religion (Katholicismus und Calvinismus).

Für die richtige Einſicht in das Weſen und die Motive des Formalismus im höchſten Grade lehrreich iſt eine Erſcheinung, der wir im Folgenden eine nähere Betrachtung widmen wollen; wenn irgend etwas, ſo legt ſie von der Macht, welche die Form auf das menſchliche Gemüth ausübt, Zeugniß ab. Es iſt dies die Entſtehung, beziehungsweiſe die Fortdauer von Formen, die ſei es von vornherein der innerlichen Bedeutung entbehrten, ſei es ſie hinterher wieder eingebüßt haben — der reine, nackte Cultus der Form als ſolcher.

In der römiſchen Welt, ſowohl im Recht, als in der Sitte des Lebens und dem religiöſen Ritus, und im heutigen England, begegnet uns häufig eine Art von Formen, die ich *reſiduäre* nennen will.[675a]) Die Formbildung erfolgt bei ihnen in der

675a) Rerum *simulacra* gestarum sacrarum consecratis in riti-

Weiſe, daß Einrichtungen, Handlungen, Gebräuche, die bis dahin durchaus keinen formellen Charakter hatten, vielmehr durch die damaligen Zuſtände des Lebens, durch den Stand der Fabrication, des Gewerbes, Landbaues, durch die Mode u. ſ. w. gegeben und geboten waren, für gewiſſe Gelegenheiten und Verhältniſſe als ſolenne Erforderniſſe beibehalten werden, während ſie im ernſtlichen Gebrauch des Lebens durch den Wechſel der Mode oder durch die Fortſchritte der Technik verdrängt werden.[675b]) Dadurch wird, was bis dahin keine Form, ſondern ein flüſſiges, freies Stück des damaligen Lebens war, zur reinen Form — ein verſteinertes Stück Vergangenheit, das oft ſeltſam in die ſpätere Zeit hineinragt. Der Sprecher des engliſchen Unterhauſes trägt bekanntlich noch bis auf den heutigen Tag ſeine aus früherer Zeit ſtammende gewaltige Perücke; während dieſelbe von den andern Köpfen verſchwand, iſt ſie auf dem ſeinigen als „reſiduäre Perücke" ſitzen geblieben — ein Beiſpiel, zu dem auf dem Continent Hamburg ein Seitenſtück gibt, das ſich ebenfalls für gewiſſe Gelegenheiten z. B. Leichenbegängniſſe die reſiduären Perücken nicht hat nehmen laſſen.

Die älteſte Getreideart, welche die Römer oder ihre Vorfahren bauten, war der Spelt (far), die älteſte Art des Brodes der Teig (puls). Im Leben hatten beide längſt anderen Arten und Zubereitungsweiſen Platz gemacht, allein im religiöſen Ritus

bus, wie Arnobius adv. gent. V. 1 ſich ausdrückt; ähnlich Tacitus Ann. VI. 11 von dem praefectus urbi feriarum latinarum causa (Mommſen, Röm. Staatsrecht I S. 168) simulacrum durat. Gajus II, 103: dicis gratia propter veteris juris imitationem, mit Bezug auf den familiae emtor; Cic. de leg. agr. II, 12, 31 mit Bezug auf die repräſentative Darſtellung der Curiatcomitien durch die Lictoren: ad speciem atque usurpationem vetustatis.

675b) Ebenſo in der Sprache. So haben ſich z. B. im engliſchen Prozeß eine Menge von Wendungen und Ausdrücken aus der Normannenzeit erhalten, die man im gewöhnlichen Leben nicht mehr kennt. So muß noch heutigen Tages der Türke die beiden Suren, welche jedem Gebet vorangehen, nach alter Weiſe in arabiſcher Sprache leſen, von Tornauw Moslemitiſches Recht S. 39.

und namentlich auch bei Eingehung der Ehe durch Confarreation hielt man an jenen feſt.[675c]) In uralter Zeit hatte man ſich zum Schneiden in Ermangelung von Meſſern und Scheeren des Speeres bedient, und ſo auch der Bräutigam bei Eingehung der Ehe, um der Braut das Haar zu ſchneiden; überall war der Speer gewichen, in den Händen des Bräutigams blieb er zurück (hasta caelibaris). Ebenſo verhielt es ſich mit dem Kopftuch der Braut (flammeum). Die Mode kannte längſt beſſere Gewebe, aber die Braut bei der Hochzeit und die Prieſterin durften ſich von der älteſten Form nicht losſagen,[676]) ſo wenig wie die Prieſter von wollenen Bekleidungsgegenſtänden,[676a]) und bei der Hausſuchung nach geſtohlenen Gegenſtänden bedurfte es noch in ſpäterer Zeit für den Suchenden des uralten Schurzfelles (licium, linteum).[676b]) Vor Einführung des geprägten Geldes war man gezwungen, das Metall zuzuwägen — durch jene Maßregel ward man deſſen überhoben; allein beim Nexum und bei der Mancipation behielt man, wenn auch nicht das Wägen ſelbſt, ſo doch das Erz und die Wagſchale bei (§ 46). Das älteſte von allen Überbleibſeln der Vorzeit war der Feuerſtein (silex), deſſen man ſich bei Abſchluß von völkerrechtlichen Verträgen zum Schlachten des Opferſchweines bediente (Liv. I 24); er ſtammt noch aus der Steinzeit, alſo aus der Zeit vor der Trennung der indogermani-

---

675c) Plin. H. N. XVIII, 19 Arnob. VII, 26.

676) Über dieſe von den Hochzeitsgebräuchen hergenommenen Beiſpiele vergl. Roßbach Unterſuchungen über die römiſche Ehe. S. 104, 282, 291. Ein anderes Beiſpiel bei Plin. Hist. Nat. XXXIII, c. 4 .. quo argumento etiam nunc sponsae muneri ferreus anulus mittitur isque sine gemma.

676a) Serv. ad Aen. XII, 120.

676b) Gell. N. A. XI, 18 § 9. XVI, 10 § 8. Fest. sub Lance (Müller p. 117) Gaj. III, 193. Zu ſeiner Zeit war der Ausdruck ſchon obſolet (»quid sit autem linteum, quaesitum est«). Im religiöſen Ritus wiederholt ſich das Linteum noch zu Arnobius' Zeit, ſ. deſſen Metam. lib. XI (ed. Bip. p. 272 »linteo et rudi me contectum«, p. 276 »linteis intectum«). Über dieſe Form der Hausſuchung ſ. II 159 Note 208.

ſchen Völker, denn bei der Trennung waren ſie bereits im Beſitz des Erzes. [676c])

In allen dieſen Fällen, die ſich noch durch manche vermehren ließen, [676d]) hatte die Form von vornherein nicht die geringſte innere Bedeutung, ſie war ein bloßer Niederſchlag vergangener Zuſtände, ein reines Caput mortuum. Was verhalf ihr nun zu dieſem Leben als Form? Die bloße Vis inertiä, die Macht der Gewohnheit? Mögen wir immerhin ſo ſagen, aber überſehen wir nur nicht, daß die Macht der Gewohnheit ihrerſeits ſubjectiv eine der Form geneigte Stimmung vorausſetzt. Bei einem gleichgültigen Verhalten des Geiſtes gegen das Moment des Äußerlichen würde das Alte, nachdem es einmal der Sache nach und in der praktiſchen Anwendung dem Neuen Platz gemacht, es auch der Form nach gethan haben. Übrigens können ſolche reſiduäre Formen möglicherweiſe auch dadurch ihr Leben friſten, daß eine ſpätere Zeit, der die Erinnerung ihres hiſtoriſchen Urſprungs abhanden gekommen iſt, künſtlich in ſie eine ſymboliſche Bedeutung hineinträgt, die ihnen urſprünglich völlig fremd war, und ich bin überzeugt, daß eine Menge von Formen von uns als ſymboliſche angeſehen werden, die von Haus aus nichts waren als reſiduäre. [677])

Wenn die reſiduären Formen ein Stück der Vergangenheit

---

676c) Erz = ſanskr. ayas, lat. aes, goth. aiz, angelſächſ. ar, altnord. eir, althochd. er.

676d) S. z. B. bei Lange, Über die Transitio ad plebem, Leipzig 1864 S. 46 Anm. 2, wo auch auf den rex sacrificulus als reſiduären Scheinkönig verwieſen wird. — Eine eigene Art der reſiduären Scheinakte bilden ſolche Handlungen, welche urſprünglich ganz von dem freien Entſchluß abhingen, ſpäter aber durch Anordnung ihrer geſetzlich nothwendigen Vornahme d. h. durch Erklärung ihrer materiellen Überflüſſigkeit in bloße Scheinakte verwandelt wurden. Ein Beiſpiel aus heutiger Zeit gewähren die Huldigungsakte, Beiſpiele aus dem röm. Alterthum die lex Publilia über die Ertheilung der patrum autoritas (Liv. VIII. 12), die lex Maenia (Cic. Brutus 14, Liv. I 17, der auch die Bedeutungsloſigkeit des Aktes ſelber hervorhebt: usurpatur idem jus vi adempta), die tutela mulierum der ſpäteren Zeit (Gaj. I. 190).

677) So iſt z. B. die Auffaſſung, deren Puchta Curſ. der Inſtit. B. 2 § 161 Note h gedenkt, nicht ſo weit wegzuwerfen, als er es thut.

ſelber in verſteinerter Geſtalt aufbewahren, ſo erhalten die repräſentativen Formen wenigſtens die Reminiscenz derſelben. An Stelle der bisherigen Weiſe, die man gezwungen iſt ganz oder zum Theil zu verlaſſen, wird eine bequemere, zeitgemäßere Nachbildung geſetzt und zwar lediglich als Form, lediglich des Äußeren wegen — eine Conceſſion, durch die man ſich unbeſchadet der Forderungen des Lebens mit dem an dem Äußerlichen haftenden Sinn abfindet.

So lange die römiſche Herrſchaft ſich auf ein kleines Stadtgebiet beſchränkte, war es ausführbar, daß bei der Vindication eines Grundſtücks der Prätor ſich mit den Parteien an Ort und Stelle verfügte. Als dies Gebiet ſich beträchtlich erweiterte, mußte man die Einrichtung fallen laſſen. Indem man ſich aber einerſeits der Nothwendigkeit fügte, wußte man doch andererſeits den Schein und die Erinnerung der alten Einrichtung dadurch aufrecht zu erhalten, daß man das Grundſtück durch eine von den Parteien geholte Scholle vor Gericht repräſentiren ließ. Man ermöglichte dadurch zugleich die Beibehaltung der auf die Anweſenheit des Grundſtücks berechneten Vornahmen und Formeln. Die Arrogation geſchah in alter Zeit in den Curiatcomitien unter der Mitwirkung der Pontifices durch einen förmlichen Volksbeſchluß. Auch dieſe Einrichtung ward ſpäter unhaltbar, und wahrſcheinlich kam ſie einfach dadurch ab, daß das Volk aus Mangel an Intereſſe wegblieb. Bekanntlich wurden von da an die Arrogationen lediglich durch die Pontifices vollzogen — denn daß die Lictoren ihnen gegenüber kein ſelbſtändiges Entſcheidungsrecht hatten, bedarf nicht der Bemerkung — allein da es einmal eines Beſchluſſes der Curiatverſammlung bedurfte, ſo half man ſich dadurch, daß man die 30 Curien durch 30 Lictoren vertreten ließ. Der Sache nach war die alte Einrichtung aufgegeben, aber bis zu einem gewiſſen Grade war doch der äußere Schein derſelben gerettet. [678])

678) Andere Beiſpiele ſ. B. 1 S. 351 und oben S. 506; ſ. auch Demelius, die Rechtsfiction, Weimar 1858 S. 1—15.

Das Verhältniß, das wir hier zu betrachten haben: die Fortdauer des Äußeren als leere Form nach Absterben des Innern, ist sowohl bei Formen als bei Einrichtungen möglich. Bei ersteren — nämlich wenn symbolische Formen sich überlebt haben, d. h. subjectiv, sei es kein Verständniß, sei es keinen Glauben mehr finden. Bei diesen — wenn sie ihre praktische Wahrheit und Bedeutung verloren haben, z. B. dadurch, daß die freie Handlung in eine nothwendige verwandelt (Note 676c), oder an die Stelle der Leistung, auf die das Gesetz, der Richterspruch, der Vertrag lautet, in der Ausführung eine andere gesetzt worden ist,[679]) u. s. w. Als letzter Rest der alten Einrichtung bleibt nicht selten das nackte bloße Wort, die Formel, der Name, ungeachtet die Sache selbst eine völlig andere geworden ist. Der Wein, der in den Tempel der Ops gebracht ward, kam, wie Macrobius berichtet,[680]) nicht unter seinem eigenen Namen hinein, sondern als „Milch", das Gefäß ward „Honigtopf" genannt, was darauf hin weist, daß in dem Tempel ursprünglich nur Milch und Honig zugelassen war. In alter Zeit wurden in England die Oberrichterstellen nur mit Lords besetzt, dies änderte sich später, allein der Name und die Anrede: Lord Oberrichter ist bis auf den heutigen Tag geblieben, und auch unsere heutigen Ordensritter haben von den alten Rittern nichts als den Namen.[680a])

Diese Anhänglichkeit an die gewohnte, aber aller inneren

---

679) So z. B. statt der Talion eine Geldstrafe (B. 1 S. 138), statt der Schafe oder Rinder, worauf die alte Multa lautete, die durch die lex Aternia Tarpeja, bez. Papiria tarifirte Summe um 10 oder 100 As. So wird namentlich auch heutzutage noch an einigen Orten und Ländern (z. B. Schweden) in gewissen Fällen Todesstrafe erkannt, wo praktisch hinterher eine unbedeutende Geld- oder Gefängnißstrafe an die Stelle gesetzt wird.

680) Saturn. I, 12. Plin. H. N. XIV. 14 Romulum lacte, non vino libasse. Auch der Ceres durfte nicht mit Wein libirt werden. Macr. III, 11.

680a) Andere Beispiele: die Beibehaltung des Ausdrucks aedes in den hergebrachten Formeln auch da, wo er nicht paßte (Varro de L. L. V. § 160), des Ausdrucks pascua (Plin. H. N. XVIII. 3), die Anwendung des Ausdrucks judices auf die Consuln (Varro VI. 88) u. a.

Bedeutung beraubte Form, dieser Cultus der nackten Äußerlichkeit erscheint auf den ersten Blick als etwas völlig Werthloses und Verwerfliches, und die seichte Weisheit der Aufklärungsperiode hat ihn von den Tagen des Cicero an (Anm. 610) bis auf unsere Zeit hinab als vogelfreien Gegenstand des Witzes betrachtet. Es wäre verdienstlicher gewesen, die Sache zu begreifen, als zu verspotten. Sie hat eine höchst ernste Seite, und ich nehme nicht Anstand, in ihr eine der bedeutungsvollsten culturhistorischen Erscheinungen zu erblicken.

Die Sicherheit und Festigkeit eines jeden Fortschritts beruht auf der historischen Continuität, auf dem innigen Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit. Zu den Fäden und Anknüpfungspunkten aber, durch welche diese Continuität vermittelt wird, gehört vor allem die Form, denn während die inneren, sachlichen, historischen Anknüpfungspunkte dem Bewußtsein der Menge immer mehr entschwinden und nur einer kleinen Zahl von Kundigen geläufig bleiben, so ist die Form als etwas Sichtbares und stets sich Wiederholendes die hauptsächlichste Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins des Volks. Je mehr sich in den Formen irgend eine späterhin verschwundene Eigenthümlichkeit ausgeprägt hat, der sie ihre Entstehung verdankten, sei es der Verfassung, sei es der Sitte, Mode u. s. w., je fremdartiger sie also den Beschauer anmuthen und in ihm das Gefühl der historischen Ferne hervorrufen, wie etwa die Bilder der Ahnen durch längst abgekommene Trachten und Moden, um desto mehr verbinden sie ihn andererseits mit der Vergangenheit, indem sie ihm dieselbe in anschaulicher und charaktervoller Weise vorführen, indem sie die Erinnerung der alten Tage, das Gedächtniß der Ahnen im Volk wach und lebendig halten und damit jene maßvolle Stimmung und Haltung in den praktischen Fragen der Gegenwart hervorrufen, die wir mit Recht an den alten Römern und an den Engländern bewundern. Das Festhalten an den überkommenen Formen, selbst nachdem sich dieselben überlebt haben, ist wie einerseits ein Ausfluß, so andererseits eine unversiegbare Quelle

jenes hiſtoriſchen Sinnes, ohne den in Staat und Kirche noch nie ein feſter Bau gelungen iſt.

Zu dieſem erſten Grunde, der den hiſtoriſchen Sinn die Formen als ſolche lieben, ſchätzen und pflegen lehrt, dieſem, wenn ich ſo ſagen darf, allgemein pädagogiſchen Werth derſelben für den Volkscharakter geſellt ſich als zweiter hinzu der erhaltende Einfluß, den die Formen auf die Ideen, Einrichtungen u. ſ. w. ausüben, die in ihnen ihren äußeren Ausdruck finden. Je kräftiger dieſe ihre Außenſeite entwickelt iſt, deſto höher ihre eigene Lebenskraft. Denn mit den Formen ſchmiegen und klammern die Ideen und Einrichtungen ſelber ſich feſt an die ſinnliche Welt, an die Weiſe des Lebens, an das Erinnerungsvermögen des Auges, an die Macht der äußeren Gewohnheit. Wird dadurch ſchon unter gewöhnlichen Umſtänden ihre Exiſtenz und Kraft beträchtlich geſichert und erhöht, ſo gewinnt der Rückhalt den ſie an dieſen Formen beſitzen, einen geſteigerten Werth in der Stunde der Gefahr. Für alle Ideen — ich habe im Folgenden vorzugsweiſe, aber nicht ausſchließlich die religiöſen im Auge — für alle Ideen alſo gibt es Perioden der vorübergehenden Lauheit und Gleichgültigkeit der Maſſen, des Ermattens und des Abfalls, Perioden der Prüfung, in denen es ſich für ſie um Sein und Nichtſein handelt. Ideen, die rein auf ſich ſelbſt geſtellt ſind, d. h. jenes Rückhaltes der Form entbehren, verlieren mit der moraliſchen Macht über die Gemüther zugleich ihre Exiſtenz, ſie gehen unter, indem ſie dem Volk abhanden kommen, und es koſtet, wenn die feindliche Strömung der Zeit ſich verlaufen, neue Anſtrengungen und Kämpfe, ſie wieder ins Leben zu rufen — eine neue Geburt bringt neue Geburtswehen mit ſich. Anders aber bei denjenigen, die ſich in feſten, äußeren Formen verkörpert haben, denn die Form hat, wie alles Niedere im Vergleich zum Höheren, eine zähere Lebenskraft; ſie kann, was die Idee nicht kann: vegetiren, d. h. fortdauern ohne Verſtändniß. Als ein gleichgültiges Stück des äußeren Lebens durch die Macht der Gewohnheit beibehalten, nachdem die Idee, die ihr innewohnt, dem Verſtändniß der Maſſe abhanden

gekommen iſt, vegetirt hier die Form noch fort — eine todte, leere Schaale, ſcheinbar ohne jede Berechtigung und ohne jeden Werth. Da erheben ſich denn nicht ſelten die Klugen und Geſcheuten und nennen das ganze Weſen Lug und Trug und begehren, daß, was innerlich abgeſtorben und todt ſei, auch äußerlich abgethan, begraben werden ſolle. Aber wo ein Volk jenen Sinn und jene Empfänglichkeit für die Form beſitzt, die ich oben als Formſinn bezeichnet habe, hält es dennoch im richtigen Inſtinct an der als todt geſchmähten Form zähe feſt. Und es thut wohl daran! Denn jener angebliche Tod der Form, jene innere Entſeelung derſelben iſt mitunter nur ein Scheintod — ein Winterſchlaf in öder, dürrer Zeit, dem das erſte Wehen des Frühlingshauchs ein Ende macht. Auf der todten Form beruht hier nicht ſelten die Möglichkeit neuen Lebens. Sie abthun, heißt unter dieſen Umſtänden nicht einen entſeelten Körper beſtatten, ſondern die Larve zerſtören, welche den künftigen Schmetterling in ſich birgt.

In dieſen Lagen alſo, wo die Form ſcheinbar allen und jeden Werth verloren hat, entfaltet ſie umgekehrt ihre höchſte Brauchbarkeit, leiſtet ſie der Idee den unſchätzbarſten Dienſt. Das Fortvegetiren der Form wird hier in den Händen der Geſchichte das ſpecifiſche Mittel, um die Möglichkeit des Wiederanknüpfens, die Continuität der hiſtoriſchen Entwicklung zu ſichern. Möge immerhin in den bei weitem meiſten Fällen was todt ſcheint, auch todt ſein und bleiben, der Geiſt und das Leben nie wieder in die entſeelten Formen zurückkehren — wer die Gefahr, den Scheintod für den Tod anzuſehen, vermeiden will, kann es nur um den Preis, daß er im zweifelhaften Fall den Tod zunächſt nur als Scheintod betrachtet.

Die bisherige Ausführung hat uns gelehrt — und ich faſſe damit die beiden Theile derſelben unter einen Geſichtspunkt zuſammen — daß das Feſthalten an den Formen als ſolchen nicht etwas rein Äußerliches und Werthloſes iſt, ſondern ein Ausfluß und weſentliches Förderungsmittel des Zuges nach der hiſtoriſchen Continuität der Entwicklung. Darum eben finden wir dieſe

Eigenschaft bei denjenigen Völkern am stärksten entwickelt, die sich durch diesen Zug am meisten hervorthun, und zu ihnen gehörte vor allen das römische.

## 2. Der Formalismus des älteren Rechts.

**Extensive Erstreckung der Form — Übersicht der formellen Geschäfte — die Scheingeschäfte, Begriff, Arten und Behandlung derselben von Seiten der älteren Jurisprudenz — die mancipatio, in jure cessio, stipulatio.**

XLVI. Hätte uns die Geschichte jede directe Auskunft über das Verhalten des älteren Rechts zum Formalismus vorenthalten, die übrigen Theile des römischen Alterthums würden uns Anhaltspunkte in Genüge gewähren, um diese Lücke vollständig zu ergänzen. Die Luft und Liebe zu der Form, das Streben, das menschliche Thun und Treiben in feste Formen zu bringen, das Unsichtbare sichtbar zu machen, kurz der Zug zum Formalismus geht durch die ganze römische Welt. Wenden wir unsern Blick zunächst dem Religionswesen zu, so hatte alles, was mit ihm zusammenhängt: der religiöse Cultus, das Opfer, das Gebet, das Gelübde, die Auspicien, kurz jede Berührung mit den Göttern ihre festbestimmten Formen und Formeln. In ebenso abgemessenen Formen bewegte sich das öffentliche Leben, daheim wie nach außen, in der Volksversammlung wie in der Curie, im Krieg wie im Frieden.[680b]) Derselbe Zug nach der Form beherrschte das Privat-

680b) Th. Mommsen, römische Forschungen B. 1 S. 336 und die Stadtrechte von Salpensa und Malaca S. 467 hat für den internationalen Verkehr und die Rechtsgeschäfte des Staats mit den Privaten das Gegentheil behauptet; meines Erachtens nicht mit Recht. Das alte Fetialenrecht war durch und durch formell, und wenn auch auf die Rechtsgeschäfte des Staats mit den Privaten nicht diejenigen Formen Anwendung fanden, welche letztere unter sich zu beobachten hatten, so doch andere, nicht minder fest bestimmte Formen. Von den Verträgen des internationalen jus gentium wird an anderer Stelle die Rede sein. Gegen Mommsen erklärt sich auch Huschke, Die Multa und das Sacramentum, Leipzig 1874 S. 14 Note 15.

leben, die Sitte des Hauſes, das Auftreten in der Geſellſchaft, den Verkehr. An dem Kleide, das er trug, erkannte man den Freien und Sklaven, den Mündigen und Unmündigen, den patriciſchen und plebejiſchen Senator, den Ritter und gewöhnlichen Bürger, den Magiſtrat in Rom und auf dem Marſch, den Bewerber um ein Amt, den in Anklageſtand Verſetzten, den Exilirten,[680c]) kurz die Tracht verkündete Rang, Stand, rechtliche Stellung.

Doch die Geſchichte hat es uns erſpart, uns auf dieſem Umwege die Auskunft über das Recht zu holen, und wenn ich der Möglichkeit desſelben überhaupt gedachte, ſo geſchah es nur, um den Formalismus des Rechts in den Geſammtzuſammenhang des römiſchen Lebens einzureihen und ihn dadurch in ein helleres Licht zu ſetzen.

Eigenſchaften der Völker und Individuen ſind in ihrem letzten Grunde gegebene Thatſachen, die man nicht weiter analyſiren, begründen oder erklären kann. Dies ſchließt aber nicht aus, daß man nicht des Einfluſſes gedenken dürfte, den gewiſſe Umſtände auf die Ausbildung derſelben gewonnen haben, und noch weniger, daß man nicht den Bezügen, in denen dieſe Eigenſchaften untereinander ſtehen, nachforſchen dürfte. Immerhin alſo mögen wir in der ſtarken Entwicklung des Formſinns eine hervorſtechende national-römiſche Eigenſchaft erblicken — dies ſoll uns nicht abhalten, auch jene mitwirkenden Umſtände zur Unterſtützung heran zu ziehen. Solche der Form verwandte und förderliche Eigenſchaften des römiſchen Volkscharakters und Thatſachen der römiſchen Welt haben wir im Verlaufe unſeres Werkes bereits mehrere kennen lernen und bei Behandlung derſelben nicht unterlaſſen, ihre inneren Bezüge zum Formalismus hervorzuheben. Es waren 1) die militäriſche Disciplin (I, S. 264); 2) die Freiheit (oben S. 471); 3) der conſervative Sinn (B. 1.

680c) Plin. ep. IV c. 11 carent togae jure, quibus aqua et igni interdictum est.

S. 334 und oben S. 515); 4) die Tendenz der abſtracten Gleichheit (B. 2 § 29 und oben S. 477).

Ich beſchränke mich im Folgenden auf die Darſtellung des Formalismus im älteren Privatrecht und Prozeß, und ich faſſe mein Urtheil über die Bedeutung, welche ihm auf beiden Gebieten zuſtand, in die Behauptung einer excluſiven Herrſchaft zuſammen. Die Behauptung wird ſich auf allgemeinen Widerſpruch gefaßt machen müſſen. Ich beuge zunächſt einem Mißverſtändniſſe derſelben vor. Meine Meinung geht nicht dahin, als ob nicht von jeher in Rom thatſächlich formloſe Geſchäfte vorgekommen ſeien, welche praktiſch die Wirkung von Rechtsgeſchäften ausübten, weil Sitte, Treue, Ehre, die Rückſicht auf den eigenen Credit den Schutz des Rechts bei ihnen erſetzte. Ich gebe nicht bloß dieſe Thatſache bereitwilligſt zu, ſondern ich erblicke in dem Daſein dieſer zwingenden Motive nicht rechtlicher Art ſogar ein weſentliches Complement des älteren Rechts. Allein das, worum es ſich bei der obigen Behauptung allein handelt, iſt die rechtliche Wirkſamkeit der Geſchäfte, ihre gerichtliche Erzwingbarkeit, und ich kann dieſe läugnen und läugne ſie, ohne jene Thatſache in Abrede zu ſtellen. Sodann aber muß ich ferner zwei Verhältniſſe, die man verſucht ſein könnte meiner Behauptung entgegenzuſtellen, als gar nicht hierher gehörig ausſcheiden. Zunächſt den Beſitz. Der Beſitz als rein thatſächliches Verhältniß ſchließt ſeinem Begriff nach die Form aus. Wie er immerhin auch entſtanden ſein möge, iſt gleichgültig: er iſt da, und dies genügt. Sodann die Condictionen. Sie ſtützen ſich ebenfalls auf ein thatſächliches Moment, nämlich auf das rein ſachliche (von einer Willensthätigkeit unabhängige) Moment der Vermögensbereicherung ohne Grund. Es iſt nicht der Wille, für den es ja allein der Form bedarf, ſondern eine Thatſache, für welche letztere undenkbar iſt: das Haben (res), welches hier die Klage begründet. Ich würde dieſes Verhältniſſes gar nicht gedenken, wenn nicht in manchen Fällen der Schein entſtände, als ob der Wille dabei ein weſentlicher Factor ſei. Eine condictio indebiti oder ob causam da-

torum ist nicht möglich, ohne daß ein Willensakt zwischen Kläger und Beklagtem vorausgegangen ist. Aber derselbe ist nicht selbständiger Grund der Klage, sondern letzterer besteht in der Bereicherung, die bei Gelegenheit dieses Geschäfts eingetreten ist. Derselbe Gesichtspunkt trifft auch für das Darlehn zu. Um die Verpflichtung zur Zurückforderung zu begründen, braucht der Kläger nicht in anderer Weise das Willensmoment hineinzuziehen als bei jenen beiden Klagen. Es liegt hier wie dort eine Bereicherung vor, vermittelt durch menschliche Thätigkeit, Geben und Annehmen, der juristische Grund der Klage aber ist auch hier nicht sowohl der Wille als die res, und darum gilt das Darlehn trotz allem, was gesagt, doch nicht weiter, als so weit es gegeben ist.[681])

Allein was hilft es, möchte man sagen, den Besitz und das Darlehn abzuwehren, da nichts desto weniger noch eine stattliche Reihe von formlosen Rechtsgeschäften des älteren Rechts, nämlich alle Verträge des jus gentium übrig bleiben? Ich will die Antwort darauf zunächst aussetzen und statt dessen den Gegensatz des Formalismus und der Formlosigkeit auf dem Culminationspunkt seiner Entfaltung tabellarisch veranschaulichen. Ich habe bei der folgenden Tabelle die formlosen Geschäfte, die unzweifelhaft neueren Ursprungs sind, von denen, deren Alter zweifelhaft ist, durch eine besondere Columne getrennt.

| | Formelle Geschäfte. Altes Recht. | Formlose Geschäfte. Unzweifelhaft neueren Ursprungs. | Zweifelhaften Alters. |
|---|---|---|---|
| Civilprozeß. | Legisactionen u. Formularprozeß. | Die extraordinaria cognitio. | |
| Freilassungen. | manumissio vindicta, censu, testamento. | inter amicos, per epistolam u. s. w. | |

681) L. 11 § 1 de R. Cr. (12. 1).

| | Formelle Geschäfte. Altes Recht. | Formlose Geschäfte. Unzweifelhaft neueren Ursprungs. | Zweifelhaften Alters. |
|---|---|---|---|
| Ehe. | confarreatio. | Concubinat, als gesetzlich anerkanntes Verhältniß. | angebliche Eingehung derselben durch bloßen Consens. |
| Väterliche Gewalt. | arrogatio, adoptio, emancipatio. | | |
| Manus. | coemptio. | | |
| Mancipium. | mancipatio. | | |
| Vormundschaft. | tutoris auctoritas. | Consens des Curators eines Minderjährigen. | |
| Eigenthum. | mancipatio, in jure cessio. | Traditio einer res mancipi (sogenanntes bonitarisches Eigenthum). | Eigenthumserwerb an res nec mancipi durch bloße Tradition. |
| Servituten. | Dieselben Akte, wie beim Eigenthum. | Tradition. (pacta atque stipulationes in den Provinzen.) | |
| Pfandrecht. | Ebenfalls (fiducia). | Pignus, hypotheca als dingliches Recht. | |
| Obligationen. | Nexum, Verbal- und Literalcontracte. | klagbare Pacta, Cession, Erlaß. | Verträge des jus gentium. |
| Erbrecht. | Testament. | Soldatentestament, Codicill. | |
| | Formeln für sämmtliche Dispositionen desselben. | Aufhebung der Formeln. | |
| | Legat. | Fideicommiß. | |
| | cretio. | Formlose Antretung. Restitution des Universalfideicommisses. | |

Über zwei Punkte in dieser Tabelle könnte man mit mir rechten. Zunächst darüber, daß ich das pignus, das doch bis in die älteste Zeit hinaufreicht, nicht unter die erste Columne gebracht habe; der Zusatz: „als dingliches Recht" wird die obige Stellung rechtfertigen; das Vorkommen des pignus als Besitzpfandes im älteren Recht fällt unter den so eben von mir für den Besitz aufgestellten Gesichtspunkt. Sodann darüber, daß ich die formlose Antretung der Erbschaft in die zweite Columne gestellt habe. Ein Zeugniß dafür, daß sie erst der späteren Zeit angehört, gibt es nicht. Bedenkt man aber, daß kein Theil des älteren Rechts so

durchweg formalistisch gestaltet ist als das Erbrecht, daß die Form und das Formelwesen gerade im Testament seine höchste Höhe erreicht, so wird die Meinung, daß dem im strengsten Styl gehaltenen *ersten* Akt des Erbrechts: der Testamentserrichtung als *zweiter* eine völlig formlose Antretung der Erbschaft gefolgt sei, geradezu als unmöglich zurückgewiesen werden müssen. Die Juristen hätten dabei nicht weniger als sich selbst und ihre ganze Weise verläugnen, den Grundsatz der Symmetrie oder der Correspondenz der Form, den sie sonst bei den Rechtsgeschäften so sorgsam beachten (§ 47[b]), außer Acht lassen müssen. Daß ein römischer Jurist die hereditatis *aditio* unter den actus legitimi aufführt,[681a]) will ich nicht in die Wagschale werfen, denn es steht dahin, ob die Verfasser der Pandekten hier nicht, wie so oft, einen antiquirten Ausdruck des früheren Rechts (cretio) mit einem noch gangbaren vertauscht haben.

Aus der obigen Tabelle ergibt sich folgendes Resultat. Alle Geschäfte, die unzweifelhaft dem älteren Recht angehören, sind formell, alle, die sicher dem neueren angehören, formlos, oder m. a. W. der Zug der früheren Zeit geht eben so entschieden auf die Form als der der späteren auf die Formlosigkeit, im neueren Recht nehmen die formlosen Geschäfte an Zahl und Bedeutung zu, und die vorhandenen formellen sterben nach und nach ab, erst innerlich, dann auch äußerlich — eine Entwicklung, welche wir im dritten System Gelegenheit haben werden zu schildern. Nur das Familienrecht bleibt, abgesehen von der angeblichen Formlosigkeit der Ehe, für deren Prüfung sich später die geeignete Stelle finden wird, von dem Gegensatz vollständig verschont, die Einwirkung der neueren Zeit äußert sich hier lediglich in Erleichterung und Abkürzung der vorhandenen Formen, bis sie schließlich völlig neuen weichen. Erst in der späteren Kaiserzeit treibt der Formalismus einen neuen Schößling aus sich heraus — einen Spätling von völlig anderem Zuschnitt, Charakter, es sind das

681a) L. 77 de R. J. (50. 17).

diejenigen durch die Gesetzgebung aufgestellten Formen, welche ich oben (S. 504) als tendentiöse bezeichnet habe: auf dem Gebiete des Erbrechts das formelle Codicill, auf dem des Pfandrechts das pignus publicum, für die große Schenkung die Insinuation, für die Interceſſionen der Frauenzimmer das instrumentum publicum, für die Freilaſſung die modernen Formen u. a. Sie enthalten das Eingeſtändniß der ſpäteren Zeit über die ungünſtigen Erfahrungen, die ſie in Bezug auf die Formloſigkeit hatte machen müſſen. Da ſie mit dem Formalismus des älteren Rechts in gar keiner hiſtoriſchen Verbindung ſtehen, ſo habe ich ſie in der obigen Tabelle ganz übergangen. Bei letzterer kam es mir nur darauf an, den Gegenſatz der formellen Geſchäfte des älteren Rechts zu den formloſen des neueren vorläufig überſichtlich zu veranſchaulichen, um dadurch für meine obige Behauptung an dieſer Stelle wenigſtens ſo viel zu erreichen, daß der Leſer ſein Urtheil über dieſelbe vorläufig noch ſuspendirt, bis mir an geeigneter Stelle die Gelegenheit werden wird, den Beweis derſelben anzutreten. Meine Tabelle wird ihm begreiflich machen, daß ſich mir die Frage aufdrängen konnte: wenn die Geſchäfte der erſten Columne zweifellos dem älteren Recht, die der zweiten ebenſo unbeſtritten dem neueren Recht angehören, ſind nicht die der dritten nach ihrer inneren Verwandtſchaft mit den letzteren ebenfalls dem neueren Recht zuzuweiſen?

Es würde mir jetzt zunächſt obliegen, die ſämmtlichen formellen Geſchäfte des älteren Rechts im Einzelnen dem Leſer vorzuführen. Wenn ich dies nicht thue, mich vielmehr auf eine flüchtige Überſicht derſelben beſchränke und nur drei von ihnen zur näheren Betrachtung herausheb, ſo geſchieht es, weil ich den Leſer nicht mit Ausführung allbekannter Dinge behelligen will, die er in jedem Compendium der römiſchen Rechtsgeſchichte finden kann. Dagegen bietet der Gegenſtand eine andere Seite dar, welche unſere Compendien völlig mit Stillſchweigen übergehen, und ich glaube ein gutes Werk zu thun, wenn ich dieſen Punkt zum Gegenſtand einer eingehenden Unterſuchung mache. Es iſt

dies die allgemeine Theorie des römischen Formenwesens. Über dem Concreten, der Äußerlichkeit der einzelnen Formen, hat unsere positive Rechtsgeschichte auch hier, wie es ja einmal ihre Weise ist, das Allgemeine, die Ermittlung der ihnen zu Grunde liegenden gemeinsamen Ideen und Gesetze vollständig versäumt, und ich glaube kein zu hartes Urtheil auszusprechen, wenn ich behaupte, daß sie stellenweise eine Unkenntniß der elementarsten Grundsätze des römischen Formalismus an den Tag gelegt hat (s. z. B. Note 858, 859), wie man sie kaum für möglich halten sollte, und zu der das naive Sicherheitsgefühl, mit dem sie das Reconstruiren römischer Formeln betrieben hat, nur um so greller contrastirt.

---

Die formellen Geschäfte des älteren Rechts lassen sich am natürlichsten nach der Kategorie der mitwirkenden Personen gruppiren, und darnach gewinnen wir folgende Classen derselben:

1. Mitwirkung des Volks: Testamentum in comitiis calatis und arrogatio; im Felde Mitwirkung des Heeres: testamentum in procinctu und adoptio pro concione;[681b])
2. Mitwirkung der weltlichen Behörden; vor dem Censor: die manumissio censu (vielleicht auch Übertragung des Eigenthums durch Umschreibung); vor dem Prätor: die sämmtlichen legis actiones des Prozesses mit Ausnahme der pignoris capio; die der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Form der in jure cessio: manumissio vindicta, in adoptionem datio, emancipatio, cessio der tutela und der hereditas legitima.
3. Mitwirkung geistlicher Behörden, namentlich der Pontifices und des flamen Dialis; bei eigentlichen Civilgeschäften, wie es scheint, nur in Verbindung mit dem Volk: testamentum, arrogatio, oder mit Zeugen: confarreatio.

---

681b) Über letztere regelmäßig übersehene Formen s. Sueton Galba c. 17, 18 perduxit in castra ac pro concione adoptavit.

4. Mitwirkung von Zeugen,[682]) und zwar von 10: confarreatio, von 5: nexum, mancipatio, coemptio, testamentum per aes et libram, und ohne Angabe der Zahl: cretio,[682a]) sowie die Hausſuchung nach geſtohlenen Gegenſtänden.[682b]) Über die Zuziehung derſelben zu prozeſſualiſchen Handlungen iſt nicht viel bekannt, es gehören hierher der Zeuge bei der in jus vocatio, die Zeugen bei der Litis contestatio und bei dem Scheingang auf das vindicirte Grundſtück (ex jure manum consertam vocare), hier superstites genannt.
5. Öffentliche Bekanntmachung, alſo wenn man will, Zuziehung des Publikums. Sie war in den XII Tafeln vorgeſchrieben in Bezug auf den in der Schuldhaft befindlichen Schuldner, er mußte drei Mal öffentlich ausgeſtellt werden unter Verkündigung des Schuldbetrags.[683]) Die lex Cicereja ſchrieb ſie auch für die Bürgſchaft vor,[683a]) und gewiß hat es noch manche andere Fälle gegeben.

---

682) Wegen der weiten Ausdehnung des Zeugengeſchäfts war die Strafe der Unfähigkeit zu demſelben eine der ſchwerſten, die das Recht verhängen konnte. Der »intestabilis« war nicht bloß unfähig bei einem ſolchen Geſchäft als Zeuge zu fungiren, ſondern auch, es in eigener Perſon vorzunehmen, und da auch im Prozeß Zeugen aufgerufen werden mußten, war er wahrſcheinlich inſoweit auch unfähig, prozeſſualiſche Handlungen mit Erfolg vorzunehmen. Enthält Plautus Curc. V, 2. 24 eine Andeutung darauf? Es wird hier Jemand aufgerufen als Zeuge bei einer in jus vocatio zu dienen, und da er ſich weigert, ſtößt der Andere den Fluch gegen ihn aus: Jupiter te male disperdat, intestatus vivito d. h. doch wohl nur: möge es Dir ebenſo gehen, und Dir Niemand (unter andern auch zu einer in jus vocatio) Zeugniß gewähren. Im neueren Recht hat der Begriff der Inteſtabilität jedenfalls eine engere Bedeutung erhalten.

682a) Varro de L. L. VI § 81 . . cernito i. e. facito videant te esse heredem itaque in cretione adhibere jubent testes. Cicero ad Attic. XIII 46 liberam cretionem testibus praesentibus.

682b) Gaj. III 186 . . testibus praesentibus.

683) Gell. XX 1 § 47 . . ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae judicati essent, praedicabatur.

683a) Gaj. III, 123.

6. Geschäfte *ohne Mitwirkung* anderer Personen als der Parteien. Das hauptsächlichste Anwendungsgebiet dieser Form ist das Obligationenrecht (Verbal- und Literalcontract). Die tutoris auctoritas läßt sich nicht als selbständige Form betrachten, da sie nur als Bestandtheil zu einem anderen hinzukommt; daß aber auch sie eine *Form* war, d. h. bestimmter Worte bedurfte, halte ich für zweifellos (Note 796[a]).

Die Verschiedenheit der Gestaltung dieser Formen muß die Frage nach dem Grunde derselben anregen. Derselbe ist bereits oben (S. 485) kurz angedeutet, mag hier aber noch etwas genauer ausgeführt werden. Der bestimmende Gedanke dieser Verschiedenheit ist meiner Ansicht nach das Interesse. Die Stipulation und der Literalcontract beschränken ihre Wirkungen ausschließlich auf die handelnden Personen, darum machen letztere die Sache unter einander ab. Die Geschäfte der sämmtlichen fünf übrigen Kategorien aber erstrecken ihre Wirkungen über sie hinaus, darum treten neben ihnen noch andere Personen auf. Bei einigen hat deren Zuziehung lediglich den Zweck, das Geschäft allen dabei interessirten Personen zur Kunde zu bringen, sie sind bloße Urkundspersonen (Nr. 2, 4, 5), bei anderen (Nr. 1, 3) soll diese Zuziehung ihnen selbst Gelegenheit geben, die Interessen, die sie zu vertreten haben, rechtzeitig zu wahren, ein ihnen zustehendes Widerspruchsrecht gegen das Geschäft geltend zu machen.[683b])

Aus der obigen Zusammenstellung ergibt sich, daß die Zahl der selbständigen Formen des älteren Rechts nicht gerade groß war. Die weitaus bedeutendste Stelle unter ihnen nehmen die mancipatio, in jure cessio und stipulatio ein. Denn während die übrigen sich auf einzelne bestimmte Geschäfte beschränken, so sind sie gewissermaßen abstracte, der mannigfaltigsten Anwendung fähige Grundformen, und gerade auf dieser ihrer ausgedehnten Brauchbarkeit beruht es, daß das ältere Recht mit verhältnißmäßig so wenig Formen ausreichte — ein Vorzug, den ich nach

683b) In Bezug auf das Testament verweise ich auf I, 145 fl.

meinen früheren Ausführungen (S. 329) hier nicht weiter zu begründen brauche. Wir wollen dieſe drei Geſchäfte einer näheren Betrachtung unterziehen.

Bei allen dreien ſpielt ein Begriff eine große Rolle, den wir bisher noch keine Gelegenheit gefunden haben genauer zu erörtern, der des Scheingeſchäfts.[683c]) Die mancipatio wird uns als »imaginaria venditio« charakteriſirt;[684]) in dem testamentum per aes et libram wird ſogar die mancipatio ſelber wieder »dicis causa« verwandt[684a]) — das Scheingeſchäft zur zweiten Potenz erhoben! Die in jure cessio war eine Scheinvindication. Die Stipulation war zwar kein Scheingeſchäft, aber in der sponsio praejudicialis des römiſchen Prozeſſes functionirte auch ſie als ſolches, und ſo wird es ſich rechtfertigen, wenn wir uns über einen Begriff, dem wir hier bei jedem Schritt und Tritt begegnen, vorher verſtändigen.

„Zum Scheine handeln" (dicis causa) bildet den Gegenſatz zum „ernſtlichen Handeln", es iſt ein äußeres Handeln, Reden, dem die innere Abſicht nicht entſpricht, es iſt alſo ein Begriff, der auf jedes Handeln, nicht bloß auf das juriſtiſche Anwendung findet. Bei dem Rechtsgeſchäft beſteht der Mangel der inneren Abſicht in der intendirten Ausſchließung der an dasſelbe geknüpften rechtlichen Wirkungen — ein Erfolg, der nur durch Einverſtändniß mit der Gegenpartei möglich iſt. Hierauf beruht der Begriff des ſimulirten Rechtsgeſchäfts. Ein Beiſpiel gewährt die Einkleidung einer Schenkung in die Form eines Kaufes. Nicht zu verwechſeln mit demſelben iſt ein Verhältniß, das mit ihm auf den erſten Blick große Ähnlichkeit hat, nämlich die Eingehung eines Rechtsgeſchäfts lediglich in der Abſicht, um einzelne vielleicht ganz ſecundäre Wirkungen desſelben zu erzielen.[685]) Als Licinius

683c) S. jetzt die im weſentlichen ſich der obigen Darſtellung anſchließende Ausführung von Degenkolb, Zeitſchr. f. R. G. B. 9 S. 128—130.

684) Gaj. I, 119.

684a) Ulp. XX, 2 per mancipationem imaginariam.

685) Eine eingehendere Behandlung dieſes Verhältniſſes ſ. B. 4 § 57.

Stolo ſeinen Sohn emancipirte, um den Beſtimmungen ſeines eigenen Geſetzes, der Lex Licinia de modo agri, zu entgehen (S. 469), nahm er kein Scheingeſchäft im juriſtiſchen Sinn vor, denn der Sohn war und blieb frei. Es fehlte dem Genannten nicht an dem für die juriſtiſche Würdigung allein in Betracht kommenden rechtlichen Willen, wohl aber an der ächten ethiſchen Geſinnung; er nahm die Emancipation nicht ihrer ſelbſt willen vor, ſondern wegen ſecundärer daran geknüpfter Vortheile, es war ein ſittlicher Mißbrauch des Familienverhältniſſes zum Zweck der Umgehung ſeines eigenen Geſetzes, und darum ward er, obſchon vor dem Geſetz nicht ſchuldig, doch von dem ſouveränen Volk verurtheilt.

Von dem ſimulirten Geſchäft unterſcheide ich das Scheingeſchäft im techniſchen Sinn — ein Unterſchied, auf den ich § 58 genauer werde zurückkommen müſſen, und der hier nur kurz angedeutet werden mag. Das ſimulirte Geſchäft iſt rein das Werk der Parteien, es erſchöpft ſeine Wirkſamkeit, inſoweit derſelben kein rechtliches Hinderniß im Wege ſteht, an dem einzelnen Fall. Das Scheingeſchäft dagegen war eine Schöpfung des Verkehrs oder der Jurisprudenz, es war eine recipirte Geſchäftsform. Hiſtoriſch mag das Scheingeſchäft vielfach nichts anderes geweſen ſein als der gewohnheitsrechtliche Niederſchlag von einem zur Regel gewordenen und von der Rechtsſprechung geduldeten ſimulirten Geſchäft. Manche dieſer Geſchäftsformen ſind gewiß aber auch von vornherein von den römiſchen Juriſten als ſolche erfunden und eingeführt. In dem einen wie in dem andern Fall verdankte das Scheingeſchäft ſeine Einführung einem beſtimmten praktiſchen Zweck, es war etwas abſichtlich Gemachtes, es war als Scheingeſchäft, wenn ich ſo ſagen darf, zur Welt gekommen. Wir wollen dieſe Scheingeſchäfte als originäre bezeichnen. Den Gegenſatz zu ihnen bilden die uns von früher her (S. 509 fl.) bereits bekannten reſiduären Scheingeſchäfte, welche nur das Caput mortuum früherer ernſtlicher Akte ſind, lediglich der hiſtoriſchen Vis inertiä ihren Fortbeſtand verdanken, keine prak-

tiſchen Zwecke verfolgen, ſondern bloß eine hiſtoriſche Reminiscenz wach erhalten.

Das Scheingeſchäft enthielt für die ältere Jurisprudenz ein eigenthümliches Problem. Einerſeits nämlich ſollte der Schein wirklich vorhanden ſein. Der zu erreichende Erfolg durfte dem äußeren Hergang nicht geradezu Hohn ſprechen, man mußte das äußere Dekorum bis zu einem gewiſſen Grade wahren — wie bei jeder Comödie ſo durfte auch bei dieſer juriſtiſchen die Illuſion nicht gänzlich fehlen. Der Einfluß, den die Jurisprudenz dieſer Rückſicht zugeſtanden, tritt in manchen Spuren unverkennbar hervor. Zunächſt verſtand es ſich wohl von ſelbſt, daß das Geſchäft ſich nicht ſelbſt als Scheingeſchäft bezeichnen durfte. Bei der sponsio praejudicialis[686]) ſollte die Summe nicht in Wirklichkeit ausgezahlt werden, allein geſagt werden durfte dies nicht — Stipulation und Urtheil lauteten auf Verpflichtung zur Zahlung.

Wenn eine mancipatio, coemptio, in jure cessio fiduciae causa vorgenommen ward, ſo ſollte der Empfänger die Perſon oder Sache nicht wirklich haben und behalten, wie in anderen Fällen, ſondern ſie je nach getroffener Vereinbarung reſtituiren. Allein dieſe Vereinbarung hatte in dem Geſchäft ſelber (in der nuncupatio) keinen Platz, ſie widerſprach dem Zweck desſelben; der einfach natürlichen Vorſtellungsweiſe wollte es nicht in den Sinn, da einen Erwerb anzunehmen, wo man darüber einverſtanden war, daß die Sache zurückgegeben werden ſolle. Die Verab-

686) Um über irgend eine Frage z. B. ob Jemand der nächſte Verwandte, Eigenthümer ſei, dies oder jenes gethan habe u. ſ. w. einen richterlichen Ausſpruch zu erwirken, ſchloß man eine Stipulation ab, worin der Eine dem Andern unter der Bedingung, daß die (zur richterlichen Unterſuchung verſtellte) Thatſache wahr ſei, eine beliebige Summe verſprach. Dieſe Summe ward eingeklagt und dadurch der Richter gezwungen, die Bedingung zu unterſuchen und mittelbar, indem er den Beklagten verurtheilte oder freiſprach, über das Daſein oder Nichtdaſein der Thatſache zu entſcheiden; aber die Summe ward hinterher nicht eingefordert. Was man hier wollte, ſagte man nicht, und was man ſagte, wollte man nicht. Gaj. IV, 93. 94. ſ. oben S. 86. Keller, Civilprozeß § 25, 26.

redung konnte alſo wie bei der sponsio praejudicialis und wie auch heutzutage bei jedem ſimulirten Geſchäft nur nebenbei d. h. außerhalb des eigentlichen Geſchäfts getroffen werden.[687]) Darauf beruht der Begriff der fiducia oder des fiduciae causa abgeſchloſſenen Geſchäfts. So erklärt es ſich, daß die fiducia nur eine bonae fidei actio erzeugte, ungeachtet jene Geſchäfte ſelbſt dem strictum jus angehörten. Hätte dieſe Nebenberedung einen integrirenden Beſtandtheil derſelben gebildet, ſo würde die in den XII Tafeln ausgeſprochene Anerkennung aller Nebenberedungen (Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto) ſich auch auf ſie erſtreckt haben. Eben aus dieſem Grunde aber theilte die fiducia Jahrhunderte lang das Schickſal aller anderen Verhältniſſe der bona fides, d. h. ihre Wirkſamkeit beruht lediglich auf der fides des Gegners, beziehungsweiſe wie bei einigen anderen derſelben auf der Furcht desſelben vor der im Fall der Wortbrüchigkeit eintretenden Infamie; das Recht gab aus derſelben keine Klage.[687a]) So erklärt es ſich ferner, warum die fiducia auf die ſolennen Rechtsgeſchäfte beſchränkt war, ungeachtet Verträge desſelben Inhalts ebenſowohl bei der Tradition vorkommen konnten. Bei letzterer fiel das in der Form gelegene Hinderniß hinweg, ſie hatten, ſoweit ſie juriſtiſch möglich waren,

687) Beſonders ſchlagend tritt dies hervor bei der in jure cessio. Wo hätte hier in der Vindicationsformel der Nebenvertrag ſtehen ſollen? Welche juriſtiſche Monſtroſität hätte darin gelegen! Für die mancipatio ſteht die Sache um nichts anders, und es iſt keine bloße Vergeſſenheit, wenn Gaj. I, 132 bei Beſchreibung der dreimaligen Mancipation des Sohnes das pactum fiduciae gar nicht erwähnt; es trat im Akt ſelbſt gar nicht hervor. Das Kriterium des fiduciae causa geſchloſſenen Geſchäfts lag lediglich in ſeinem Zweck, nicht in der Form, daher auch die Bezeichnung desſelben nach dieſem Moment: fiduciae causa mancipare, coemptionem facere u. ſ. w. Hieraus ergibt ſich, wie derartige Wendungen wie res mancipatur, ut eam mancipanti remancipet (Boethius ad Cic. Top. c. 10. Orelli p. 340) quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur (Gaj. I, 140) zu verſtehen ſind.

687a) Meine Schrift über das Schuldmoment im römiſchen Privatrecht. Gießen 1867. S. 29—36.

Platz im Geſchäft ſelbſt und bildeten nicht einen Vertrag neben demſelben, ſondern einen integrirenden Beſtandtheil des Geſchäfts ſelber.[688])

Einen ferneren Ausfluß des obigen Geſichtspunkts finde ich in einer Erſcheinung, die ſich auf andere Weiſe ſchwerlich wird erklären laſſen. Es geht aus verſchiedenen Andeutungen hervor, daß das als Durchgangsſtadium für gewiſſe Zwecke, alſo Scheines halber benutzte Verhältniß des mancipium und der manus[689]) nicht, wie man geneigt ſein könnte zu glauben, regelmäßig bloß einen Moment beſtanden hat, ſondern ſich über eine gewiſſe Zeit, über deren Kürze oder Länge wir nichts weiteres wiſſen, ausdehnen konnte.[690]) Da nun dies Durchgangsver-

688) Die im Text gegebene Deutung iſt von den Römern ſelbſt nirgends ausdrücklich ausgeſprochen, ſie gehört zu den Dingen, die man nur finden kann, wenn man zwiſchen den Zeilen lieſt. Die herrſchende Anſicht macht die Nebenberedung zu einem Beſtandtheil des Geſchäfts ſelber, ſo z. B. Huſchke, Recht des Nexum S. 76 „weil dies Geſchäft (fiducia) auf Mancipation beruhte“ und S. 117 „er gab das Grundſtück zur fiducia mit der nuncupatio“; Dernburg Pfandrecht I S. 9 — in meinen Augen eine rechtshiſtoriſche Ungeheuerlichkeit. — Seit dem Erſcheinen der zweiten Auflage dieſes Bandes (1869) hat meine im Text vertheidigte Anſicht eine äußere Beſtätigung erhalten durch die in Spanien aufgefundene Erztafel (mitgetheilt in dem Corp. inscr. latin. II p. 700 und von Degenkolb in der Zeitſchr. f. R. G. B. 9. S. 118, 119), auf der der Vertrag ausdrücklich als »pactum conventum« d. h. als formloſer Nebenvertrag bezeichnet wird, ſ. Degenkolb a. a. O. S. 171—179.

689) Das erſtere zum Zweck der in adoptionem datio und emancipatio (Gaj. I, 132), das letztere mit ſpäterem mancipium und Freilaſſung aus demſelben 1. zum Zweck des Wechſels der tutores legitimi (Gaj. I, 115); 2. zur Erlangung der Teſtirfähigkeit (Gaj. I, 115a); 3. zur Befreiung von den sacris (Cic. pro Murena c. 12). B. 4 § 58.

690) So z. B. Gaj. I, 135 . . .: qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est. Der § 115b hätte ſonſt gar keinen Sinn, ebenſo § 118 . . . nec ob id filiae loco sit; ferner § 132 . . . etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii, und noch weniger die Bemerkung: sed in usu est eidem mancipari und die Wiederholung derſelben in Anwendung auf die dritte Mancipation. So auch Gaj. II, 41. Darauf ſcheinen auch die »circumductiones inextricabiles« hinzudeuten,

hältniß ein reines Mittel zum Zweck war, so läßt sich durchaus nicht begreifen, aus welchem praktischen Grunde man demselben irgend welche Dauer hätte einräumen, und warum man nicht vielmehr z. B. die Emancipation eines Sohnes mit ihren dreimaligen Mancipationen und Freilassungen im Lauf eines einzigen Tags hätte beschaffen sollen. Allein so sehr es sich hier auch nur um Schein-Akte und Schein-Verhältnisse handelte, so durften doch selbst sie nicht in eine reine Farce ausarten; es lag in der römischen Weise, auch eine Comödie mit einem gewissen Ernst und Anstand aufzuführen, jenen Schein-Verhältnissen also den Schein einer Existenz einzuräumen.[691])

Wie rücksichtlich der äußern Form, so mußte man auch rücksichtlich der innern juristischen Natur des zum Scheingeschäft verwandten Geschäfts eine gewisse Rücksicht beobachten. So konnte man z. B. die in jure cessio nicht auf Verhältnisse anwenden, bei denen eine Vindication undenkbar war, noch auch sie auf Peregrinen ausdehnen.[691a]) In einem Fall allerdings wage ich nicht zu behaupten, daß diese Gränzen inne gehalten sind, nämlich bei dem testam. per aes et libram. Eine Mancipation, die das gesammte Vermögen übertragen sollte mit Schulden und Forderungen, und die es noch dazu nicht sofort und unwiderruflich, sondern erst in der Zukunft und unter einer (stillschweigenden) Bedingung thun sollte, und aus der ferner dritte Personen, die Legatare, Rechte ableiten konnten — ein solches Geschäft war keine mancipatio mehr, sondern in der That etwas völlig Anderes geworden.

---

welche Justinian in L. 6 Cod. de emanc. (8. 49) an dem Ritual der Emancipation auszusetzen hat.

691) Beobachtet man doch auch heutzutage bei dem unvermeidlichen Avancement eines Prinzen vom gemeinen Soldaten zum General gewisse Zwischenräume, ungeachtet die Mittelstufen auch hier keine ernstere Bedeutung haben als bei der Emancipation eines römischen Hausſohnes, und zur Noth ebenfalls in einen Tag zusammengedrängt werden könnten. Daß letzteres in der That in späterer Zeit möglich war, zeigt Paul. S. R. II 25 § 2.

691a) Gaj. II 65 . . in jure cessionis jus proprium est civium romanorum.

Aber eben dieſes Beiſpiel iſt recht geeignet, uns die Eigenthümlichkeit der Lage, in der ſich die Jurisprudenz bei der Geſtaltung des Scheingeſchäfts befand, zu veranſchaulichen. Der obigen Rückſicht ſtand auf der andern Seite eine ungleich dringlichere, die auf den praktiſchen Zweck des Rechtsgeſchäfts gegenüber. Man konnte letzteren nicht der bloßen Form zum Opfer bringen, ſich nicht Conſequenzen derſelben gefallen laſſen, die mit dem beabſichtigten Zweck des Geſchäfts im Widerſpruch ſtanden. So galt es hier denn möglichſt zwiſchen Form und Inhalt zu vermitteln, d. h. ſoweit dies ohne weſentliche Gefährdung wichtigerer Intereſſen möglich war, die Form, darüber hinaus aber die Sache zur Geltung zu bringen.

Dieſes eigenthümliche Transactionsſyſtem zwiſchen dem formal techniſchen und dem praktiſchen Intereſſe läßt ſich aus den uns erhaltenen Beiſpielen von Scheingeſchäften des älteren Rechts mit Sicherheit erkennen.

Zunächſt zwei Beiſpiele, wo die Form den Sieg davontrug. Perſonen in der Gewalt konnten ihrem Herrn durch Rechtsgeſchäft keine Perſonal- und Urbanalſervituten erwerben, wohl aber Ruſticalſervituten.[692]) Ein ſeltſamer Satz! Beſäßen wir nicht die Löſung des Räthſels, vergebens würden wir uns an demſelben abmühen, denn vom Standpunkt des materiellen Rechts aus iſt der Satz ſchlechterdings nicht begreiflich. Die Löſung liegt in Folgendem. Ruſticalſervituten waren res mancipi, Urbanalſervituten res nec mancipi, jene konnten durch mancipatio, dieſe nur durch in jure cessio erworben werden, jenen Akt konnten auch Perſonen in der Gewalt vornehmen,[693]) dieſen nicht. Warum

692) L. 12 de Serv. (8. 1) Vat. fr. § 51.

693) Gaj. II § 87. III § 167. Vat. fr. § 51. — Mußten ſie die dabei zu ſprechenden Worte auf den Herrn ſtellen? Daß es möglich war und zwar mit individueller Bezeichnung desſelben (»nomen adjectum«), zeigt der citirte § 167 von Gajus. Als Gegenſatz zu dieſer individuellen Bezeichnung können wir uns ebenſowohl die Stellung der Formel auf den Herrn mit abſtracter Bezeichnung desſelben (ajo rem domini esse) als auf den Sprechenden ſelbſt (ajo rem meam esse) denken. Letztere Faſſung hätte eine Un-

nicht? Weil er eine Scheinvindication war, die Vindication aber für diese Personen, da sie nichts Eigenes haben konnten, eine Unmöglichkeit enthielt. Ganz consequent vom Standpunkt der Form aus, allein dem materiellen Wesen des Rechtsgeschäfts als eines Erwerbsaktes durchaus nicht entsprechend. So kam das wunderliche Resultat heraus, daß jene Personen ihrem Herrn durch letztwillige Verfügung eines Dritten auch diese Rechte erwerben konnten,[694]) nicht aber durch Rechtsgeschäft; daß sie Erbschaften für ihn antreten, Landgüter und alle möglichen Sachen und auch die wichtigsten der Servituten ihm verschaffen konnten, nicht aber die minder wichtigen derselben. Eben darin aber, daß es minder wichtige Rechte waren, mag der Grund gelegen haben, daß man hier von dem, was die Consequenz der Form mit sich brachte, nicht abging.

Das zweite Beispiel ist folgendes. Bei dem Testament durften alle mit dem familiae emtor durch das Band der väterlichen Gewalt verbundenen Personen (Söhne, Brüder, Vater) nicht als Zeugen fungiren,[695]) wohl aber die eingesetzten Erben und Legatare und alle ihnen in derselben Weise verbundenen Personen.[696]) Warum? Das Testament war formell ein Geschäft zwischen Testator und familiae emtor. Ursprünglich, so lange man noch dem Erben selbst die Familia mancipirte, hatte der Satz Sinn, allein als dies aufhörte, ward er wahrhaft sinnlos und zwar nach beiden Seiten hin. Nach Seiten des familiae emtor — denn welches

genauigkeit oder richtiger Unwahrheit enthalten, denn cum istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet ut nihil (suum esse) in jure vindicare possint, Gaj. II, 96 und können wir hinzusetzen: ut nihil suo nomine mancipio accipere possint.

694) Vat. fragm. § 51.

695) Gaj. II, § 105, 106: domesticum testimonium. Ulp. XX § 3—5.

696) Gaj. II, 108 Cic. pro Milone c. 18. Wenn Ulpian in l. 20 pr. qui test. (28. 1) den Erben ausschließt, so stimmt dies nicht zu der Art, wie er in seinen Fragmenten XX 3—5 über die Frage sich äußert, und die Ansicht, welche die Stelle für interpolirt erklärt (Glück Commentar B. 34 S. 249), hat daher einen guten Grund.

Intereſſe hatte er am Teſtament, welches das Zeugniß ſeiner Verwandten hätte verdächtigen können? Nach Seiten des Erben — denn bei ihm lag umgekehrt ein ſolches Intereſſe vor. Man hatte alſo der Form zu Liebe das wahre Verhältniß völlig verſchoben, den an ſich richtigen Begriff des domesticum testimonium durch verkehrte Anwendung um allen Werth gebracht.[697]) In der erſten Richtung knüpfte ſich freilich an dieſen Mißgriff kein irgendwie erhebliches Intereſſe, man fand Zeugen genug, um jene Beſchränkung nicht zu fühlen; die Conceſſion, die man hier der Form machte, war alſo durchaus harmloſer Natur. Ganz anders jedoch in der zweiten Richtung, denn wenn irgend Jemand, ſo mußten gerade die genannten Perſonen ausgeſchloſſen werden. Die römiſche Jurisprudenz befand ſich hier in der Verlegenheit, welche die heutige freilich auch oft genug empfindet — oder richtiger vielleicht: nicht empfindet — einen Rechtsſatz lehren zu müſſen, gegen den ihr geſundes Gefühl ſich auflehnte. Sie ſuchte ſich dadurch zu helfen, daß ſie gegen die wirkliche praktiſche Benutzung desſelben aufs angelegentlichſte warnte.[698])

Während nun dieſe beiden Beiſpiele der Anſicht Raum geben könnten, als ob die ältere Jurisprudenz bei dem Scheingeſchäft ſich rückſichtslos an die Conſequenz der Form gehalten hätte, werden die folgenden ſie gegen dieſen Vorwurf ſicher ſtellen und uns die Überzeugung gewähren, daß ſie auch hier denſelben Charakterzug wie bei der Interpretation der Geſetze (S. 462) bewährt hat, nämlich daß ſie die Form, beziehungsweiſe den Buchſtaben reſpectirte, ſo lange kein ernſteres praktiſches Intereſſe zur Frage ſtand, entgegengeſetzten Falls aber ſich von ihnen losſagte.

Wollte man ſich bei der Theorie der in jure cessio ſtreng an das Vorbild der Vindication halten, ſo mußte man ſie in allen Fällen geſtatten, wo letztere Statt fand. Allein der wirkliche

697) Der Tadel, den Juſtinian in § 10 I. de test. ord. (2. 10) darüber ausſpricht, daß das ganze Recht hier auf den Kopf geſtellt worden ſei (totum jus conturbatum erat), war daher ganz treffend.

698) So Gaj. II § 108 sed tamen .. minime hoc jure uti debemus.

Spielraum, den man der in jure cessio gönnte, war ungleich enger; nicht die abſtracte Conſequenz, ſondern die Erwägung des wahren Bedürfniſſes ſteckte ihn ab. Eine Erbſchaft vindiciren konnte der teſtamentariſche Erbe ſo gut als der Inteſtat-Erbe; ſie mit voller Wirkung in jure cediren nur der heres legitimus, und dies auch nur vor geſchehener Antretung.[699]) Die Tutel vindiciren konnte jeder Tutor; ſie cediren nur der tutor legitimus einer Frau.[700])

Die wirkliche Manus verſchaffte dem Manne das geſammte Vermögen der Frau und letzterer ein Erbrecht an ſeinem Nachlaß, beides fiel bei der Scheinmanus hinweg,[701]) es ſei denn, daß dieſelbe mit dem Manne ſelbſt eingegangen war;[702]) das eine ſo angemeſſen, wie das andere. Das ernſtlich vom Vater verkaufte Kind ward mit Ablauf der Cenſusperiode frei (S. 184), das zum Schein verkaufte mußte ihm zurück mancipirt werden.[703]) Eine Sache, die man ernſtlich mancipirt oder in jure cedirt hatte, konnte man, wenn man ſelber im Beſitz blieb, nicht ohne Titel uſucapiren, wohl aber diejenige, welche man fiduciae causa veräußert hatte.[704]) Eine Frau konnte Zahlung annehmen ohne tutoris auctoritas, nicht aber acceptiliren, obſchon doch die acceptilatio als imaginaria solutio galt.[704a])

Ich wende mich jetzt den drei oben bezeichneten Rechtsgeſchäften zu.

Die mancipatio, der ſolenne Verkauf[705]) einer res mancipi

699) Gaj. II, 34—36.

700) Gaj. I, 168. Ulp. XI, 6. 8. 17. Die tutela cessitia iſt auch im übrigen ein redendes Zeugniß für die Behauptung im Text, ſ. Ulp. XI, 7.

701) Über jenes Gaj. II, 98, über dieſes Gaj. I, 118 verb. nec ob id filiae loco sit und 115b.

702) Gaj. I, 115b.

703) Gaj. I, 140.

704) Gaj. II, 59, 60.

704a) Gaj. III, 171.

705) Gaj. I, 119 imaginaria venditio. Plin. H. N. XXXIII, 13 in his emtionibus quae mancipi sunt.

per aes et libram, beruht auf der gleichzeitigen Darſtellung der beiden Elemente des Kaufs: der Leiſtung der Sache und der Zahlung des Kaufpreiſes, und zwar iſt dieſe Darſtellung in der Geſtalt, in der uns dieſe Form überliefert iſt, nach beiden Seiten hin zu einer bloßen Förmlichkeit geworden. Die Zahlung — denn das äußere Gepränge derſelben: die Wagſchale mit dem libripens, der ſie hält, deutet auf die älteſte Geſtalt ihrer Vornahme durch Zuwägen hin; an die Stelle desſelben iſt im Mancipationsritual das Schlagen der Wagſchale mit einem Stücke Erz oder mit einer Kupfermünze[705a]) und die Hingabe desſelben getreten. Ob außerdem, ſei es vorher oder nachher, eine wirkliche oder, wie bei der Schenkung und der fiduciariſchen Mancipation gar keine Zahlung erfolgte, war für die Wirkung der mancipatio gleichgültig. Die Leiſtung — denn die Sache brauchte nicht wirklich übergeben zu werden, ſondern ſie ward nur ergriffen (manucapitur = mancipatur), ſie konnte alſo immerhin im Beſitz des Gebers verbleiben, wie dies bei der Fiducia ſehr häufig geſchah. Dieſer beiden Elemente des Akts hat die Formel, die der Empfänger zu ſprechen hat, zu gedenken, des einen mit den Worten: hunc ego hominem (fundum u. ſ. w.) ex jure Quiritium meum esse ajo, des anderen mit den Worten: isque mihi emptus est[706]) hoc aere aeneaque libra.

---

705a) Gaj. l. c. hat aes, Festus sub rodus den »as« und das »aes signatum«.

706) In dieſer Faſſung mit est, nicht mit esto wird die Formel von drei verſchiedenen Gewährsmännern angegeben: Gaj. I, 119 und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf ihn von Boethius ad Cic. Top. c. 5 (Orell. 322) und Paulus in den Vat. fr. § 50. Schon dieſer Umſtand hätte Huſchke Nexum S. 23 abhalten ſollen, dieſe Lesart zu verdächtigen und wegen Gaj. II, 104 (wo das esto vielleicht mit der imperativiſchen Form der Teſtamente zuſammenhängt) und III, 167 (wo das emta estohaere vielleicht aus est hoc aere entſtanden iſt) das esto in jene andere Stelle hineinzuemendiren. Das für die Kritik des Gajus ſo wichtige Zeugniß von Boethius hat er freilich ganz überſehen. Über die innere Unwahrſcheinlichkeit ſeiner Conjectur ſ. den folgenden Paragraph. — (In ſeiner ſeit der erſten Auflage dieſes Bandes erſchienenen Jurispr. antej. hat er jene Anſicht ſtillſchweigend zurückgenom-

Vor Einführung des gemünzten Geldes blieb für die Beschaffung einer Geldzahlung nichts übrig, als das Metall zu wägen, und daß man dazu, da es sich nicht bloß um das Halten der Wage, sondern um genaues, richtiges Abwägen handelte, einen dritten Unparteiischen (libripens) zuzog, daß man sodann das Metall nicht bloß wog, sondern auch an Ton und Klang seine Ächtheit darthat[707]) (aere percutere libram), wozu der Zahlende durch die Formel: rauducculo libram ferito[708])

---

men, während jetzt Studemund bei seiner Vergleichung der Handschrift des Gajus hinter dem die Zeile schließenden est noch ein kleines o wahrgenommen haben will; s. darüber § 47b hinter Note 823 im Text.)

707) Der verstorbene J. Christiansen hat mit großer Hartnäckigkeit daran festgehalten, daß das Schlagen des Erzes an die Wagschale nur ein Zeichen der Perfection des Vertrages gewesen sei. S. dessen Wissenschaft der röm. Rechtsgesch. B. 1 S. 147 ff. und Institutionen S. 566 ff. Als ob man darum erst hätte eine Wagschale requiriren sollen! Es ist zu leicht, diese Grille zu persifliren, als daß ich mich der Versuchung hingeben möchte. Über die vermeintliche Unerklärlichkeit des libram percutere aere hätte ihm auch unser heutiges Leben Aufklärung geben können. Wer hätte es nicht schon gesehen, wie man Geldstücke zweifelhafter Ächtheit am Klange, also durch ein percutere prüft? — Wenn Leist, Mancipation und Eigenthumstradition S. 140 Note 7 fragt: „was soll die Prüfung der Ächtheit bei dem Erzstückchen, von dem von vornherein feststand, daß es nur die imago des Wirklichen sei?" so verweise ich ihn auf die von ihm selber in Bezug genommene Sitte, das wirkliche Zahlgeld (den Denar) durch den Klang zu prüfen. Sollte man ihre Prüfung bei dem ungeprägten Metall der alten Zeit weniger für nöthig gehalten haben als bei dem geprägten? Wenn man den Zahlakt der alten Zeit darstellen wollte, warum hätte man gerade diesen Bestandtheil desselben fallen lassen sollen, anstatt sich auch hier, wie dieser Schriftsteller sonst es verlangt, „an die imago des Wirklichen" zu halten?

708) Fest. Rodus. Ruducculum (bei Varro de L. L. V. 163 rauducculum) hieß, wie Festus hier bemerkt, unverarbeitetes Metall, und der Ausdruck ward in bekannter römischer Weise auch dann noch beibehalten, als man sich statt dessen der Bequemlichkeit wegen eines Asses bediente. — Daß der Libripens sprechen mußte, ist für die Testamentserrichtung dadurch bezeugt, daß er nicht stumm sein durfte Ulp. XX, 7. Wir werden schwerlich fehlgreifen, wenn wir ihm jene Aufforderung in den Mund legen. — Wenn es in alter Zeit Sache des libripens war zu wägen, so wird er dazu nicht die Partei aufgefordert haben, jene Formel kann sich also nicht auf Vornahme

aufgefordert ward — das, sage ich, ist so einfach und natürlich, daß es eben darum vielleicht den Widerspruch herausgefordert hat.

Als das gemünzte Geld aufkam, hätte man sich die Wagschale und das Wägen ersparen können, und gewiß wird dies auch für gewöhnliche Geldzahlungen, wie z. B. bei dem einfachen Darlehn (im Gegensatz zum Nexum), bei Steuerzahlungen[709]) u. s. w., schnell Sitte geworden sein; bei der mancipatio und dem nexum dagegen blieb die alte Form als residuäres Scheingeschäft bestehen.

Die Gestalt eines von beiden Seiten sofort erfüllten Kaufcontracts, welche die mancipatio an sich trägt, kann nicht die ursprüngliche gewesen sein, sie datirt erst aus einer Zeit, als das Metall allgemeines Zahlmittel geworden war. So hoch man diese Zeit auch ins römische Alterthum hinaufrücken mag, dem Kauf ist auch in Rom der Tausch vorausgegangen,[710]) d. h. also eine Eigenthumsübertragung ohne aes et libra. Wenn ich nun für diese Eigenthumsübertragung bei der res mancipi dieselbe Solennität postulire, wie sie im übrigen die mancipatio an sich trägt, d. h. Gegenwart der Parteien und der Sache, Mitwirkung der Zeugen, Aussprechen der Eigenthumsformel (hanc rem meam esse ajo) und Ergreifen der Sache, so ist dies allerdings eine durch kein äußeres Argument unterstützte Hypothese, allein ich weiß nicht, wie man sich ihr Angesichts des das älteste Recht beherrschenden Formalismus entziehen will. Ob bei dieser älte-

---

des Wägens, sondern nur auf die Constatirung der Ächtheit des Metalls bezogen haben.

709) Im Tempel des Saturn blieb freilich nach wie vor die Wagschale hängen. Varro de L. L. V, 183: Per trutinam solvi solitum vestigium etiam nunc manet in aede Saturni, quod ea etiam nunc propter pensuram habet trutinam positam.

710) Von den römischen Juristen anerkannt: § 2 I. de emt. (3. 23) eamque speciem emtionis et venditionis vetustissimam esse. L. 1 pr. de cont. emt. (18. 1).

sten Form der mancipatio stets Sachen um Sachen mit einem Zuge umgetauscht wurden, oder ob nicht auch eine Sache selbständig für sich allein übergeben werden konnte, darüber wage ich keine Muthmaßung zu äußern, jedenfalls aber kann auch beim Tausch das Geschäft nur aus zwei separaten Mancipationen bestanden haben, d. h. jeder Theil mußte die Sache ergreifen und die Worte: rem meam esse ajo sprechen. Wie kam nun der Akt der Zahlung in das Ritual der Mancipation hinein? Als das Metall mehr und mehr allgemeines Zahlmittel ward, und der Kauf den Tausch zurückdrängte, fand naturgemäß auch eine Art des Handels Eingang, die beim Tausch zu den größten Seltenheiten gehört: Leistung von der einen ohne sofortige Gegenleistung von der anderen Seite, d. i. beim Kauf das Creditiren des Kaufpreises. Für diesen letzteren Fall bestimmten nun die XII Tafeln[711]) vielleicht nur im Anschluß an das Gewohnheitsrecht, daß das Eigenthum an gekauften Sachen nicht früher übergehen solle, bis der Kaufpreis bezahlt sei. Für die Sicherheit des Verkehrs war dieser Satz nicht unbedenklich. Wer gekauft und den Kaufpreis wirklich bezahlt hatte, mußte letzteres, wenn es ihm bei der Vindication der Sache von einem Dritten bestritten ward, erst beweisen, und selbst derjenige, welcher durch Tausch oder Schenkung die Sache erworben hatte, mußte auf den Einwand gefaßt sein, daß er die Sache gekauft, aber nicht bezahlt habe. Dieser Gefahr gegenüber gab es kein wirksameres Mittel,[711a]) als dem Erforderniß der Zahlung sofort bei der mancipatio insoweit Genüge zu leisten, daß jeder Widerspruch gegen die Wirksamkeit der Eigenthumsübertragung dadurch abgeschnitten ward, d. h. der Empfänger nahm das Äußerliche zur Zahlung per aes et libram vor und constatirte sie wörtlich durch einen darauf gerichteten Passus (isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra).

711) § 41 I. de R. D. (2. 1).

711a) Aus Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 346 entnehme ich, daß schon Heineccius derselben Ansicht gewesen ist.

Wenn der Gegner dazu schwieg, also die Zahlung als gültig geschehen anerkannte, so hatte Niemand sie zu bemängeln; die Frage von der wirklichen Beschaffung und Sicherung der Zahlung war zu einer rein relativen unter beiden Parteien gemacht, ihre absolute Bedeutung für den Eigenthumsübergang aber damit beseitigt.[711b]) Die Form dieser Scheinzahlung ergab sich von selbst. Wirkliche Zahlungen bewerkstelligte man damals nicht mehr durch Wägen, sondern durch Zählen; das Wägen, die aes et libra, galt schon damals als Ausdruck einer bloßen Scheinzahlung.

Die im Bisherigen vorgetragene Hypothese findet meines Erachtens eine Unterstützung in der Composition des Mancipationsformulars.[711c]) Welche seltsame Ordnung: zuerst wird der Eigenthumsübergang constatirt und dann erst der Kauf[712]) und die Zahlung! Gerade bei der logischen Peinlichkeit, mit der die alten Formeln abgefaßt sind (§ 47b), hat diese Umstellung etwas höchst Auffälliges. Sie wiederholt sich in den beiden entsprechenden Handlungen: erst geschieht das Ergreifen der Sache mit der

---

711b) In ähnlicher Weise wie es sich früher beim Wechsel mit der Clausel „Valuta erhalten" verhielt. Auch der Wechsel war ursprünglich ein Kaufcontract, und auch bei ihm war die Einrede des nicht gezahlten Kaufpreises zu befürchten. Jene Clausel beseitigte diesen Einwand für den Wechsel absolut, aber das unterliegende Geschäft, der Anspruch des Wechselverkäufers auf wirkliche Zahlung ward dadurch nicht berührt.

711c) In der ersten Ausgabe hatte ich aus der Verschiedenheit der Fassung der beiden Glieder desselben: ajo .. meum esse isque mihi emptus est ein Argument entnehmen wollen und gefragt, warum nicht, wenn die Formel von Anfang an als eine einheitliche componirt worden sei, auch das zweite Glied in den Accusativ cum Infinitiv gestellt worden sei. Meine eigenen Untersuchungen über die Sprache der römischen Formeln haben mir später darauf die Antwort ertheilt; s. § 47b (bei Gelegenheit der Regeln über den Gebrauch des Indicativs).

712) Daß emere ursprünglich etwas anderes bedeutet hat als kaufen (B. 1 S. 110 Anm. 12), was namentlich zu dem Zweck geltend gemacht worden ist, um die Auffassung der mancipatio als eines Scheinkaufes abzuwehren, kann man gern zugeben, ohne sich den Schluß gefallen lassen zu müssen; jene Auffassung stützt sich nicht bloß auf das Wort emere, sondern auf emere hoc aere d. h. kaufen.

Hand und dann erſt die Übergabe des Preiſes. Die mancipatio beginnt mit dem Ergreifen und dem ihm entſprechenden Theil der Formel, weil dies der eigenthümliche Kern und urſprüngliche Stamm der mancipatio, alſo das Principale iſt, das Zahlen aber und der entſprechende Theil der Formel bekommt als neuerer Zuſatz und bloßes Acceſſorium die zweite Stelle.

So erklärt ſich auch, wie Manilius und Gallus Aelius bei ihren Definitionen des Nexum die Mancipation unter dieſen Begriff bringen konnten.[713] Es hätte jeder Grund dazu gefehlt, wenn beide ſich ſelbſtändig und unabhängig von einander entwickelt hätten, während wenn, wie ich annehme, die Scheinzahlung vom Nexum in die Mancipation hinübergenommen ward, jene Auffaſſung allerdings eine gewiſſe Wahrheit hatte. Sie litt nur an dem Fehler, daß ſie die Wortbedeutung von Nexum zu weit griff, die mancipatio hatte von dieſem zwar die Sache, nicht aber den Ausdruck entlehnt, und in dieſer rein ſprachlichen Beziehung traf daher ein dritter Juriſt, Q. Mutius Scävola,[714] gewiß das allein Richtige, wenn er das Nexum als ein obligatoriſches Geſchäft per aes et libram definirte und damit die Anwendbarkeit des Ausdrucks auf die mancipatio völlig ausſchloß.[715]

---

713) Varro de L. L. VII, 105: Nexum Manilius (Manilius) scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Fest. Nexum. Nexum est ut ait Gallus Aelius quodcunque per aes et libram geritur idque necti dicitur, quo in genere sunt (nämlich als zu ſeiner Zeit praktiſche Fälle) haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.

714) Varro a. a. O.: Mutius: quae per aes et libram fiant, ut obligentur (Huſchke: obligetur), praeter quam (Niebuhr: quae, Huſchke: quum) mancipio detur (Niebuhr: dentur). Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit, nam idem quod obligatur per libram neque suum fit (was nicht behalten, ſondern zurückgegeben werden ſoll d. h. geliehen wird) inde nexum dictum.

715) Bei nicht juriſtiſchen Schriftſtellern kommt jedoch der Ausdruck öfter in Anwendung auf die Mancipation und das Eigenthum vor, ſo z. B. bei Cicero Top. 5 traditur alteri nexu und dazu Boethius (Orelli p. 322), de harusp. c. 7 jure nexi, de Republ. I c. 7 u. a. In den Augen des

Das zweite Element der Mancipation, das Ergreifen der Sache übergehe ich hier, da dasselbe wegen seines Zusammenhanges mit allgemeineren Gesichtspunkten nur bei Gelegenheit der letzteren richtig gewürdigt werden kann.[721])

Das dritte Element unseres Geschäfts bestand in den 5 Zeugen und dem bereits erwähnten Libripens. Indem ich bekannte Dinge übergehe, beschränke ich mich auf einige meines Wissens bisher nicht aufgeworfene Fragen. Zunächst die Frage: ob es bei jeder Mancipation einer förmlichen Aufforderung an die Zeugen bedurfte. Bezeugt ist dieselbe nur bei dem testamentum per aes et libram als Schlußpunkt des ganzen Aktes.[722]) Wäre der Schluß von der Form des Mancipationstestaments auf die der gewöhnlichen Mancipation ein stringenter, so wäre die obige Frage damit auch für letztere erledigt. Allein daß die Form beider nicht

---

Volks hatte das aes und die libra über das minder auffällige Ergreifen der Sache das Übergewicht erlangt, man charakterisirte den Akt nach jenem, nicht nach diesem Moment. Daher Wendungen wie mercari libra et aere (Horaz), emere per assem et libram (Sueton) und ähnliche.

721) S. § 47 u. B. 4 Abth. 2.

722) Die Formel ist uns von den römischen Juristen erhalten (Gaj. II, 104. Ulp. XX, 9) ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote. Ob es nicht außerdem noch einer solennen rogatio der Zeugen bei Beginn des Testamentsakts bedurfte, lasse ich dahin gestellt, die »suprema contestatio« der L. 20 § 8 qui testam. (28. 1) ist dafür nicht beweisend, ebensowenig das »ante testimonium certiorentur« der L. 21 § 2 ibid. Daß man keinen Zeugen zu einem Rechtsgeschäft zuzog, ohne ihn vorher zu benachrichtigen, worum es sich handelte, ist selbstverständlich, es kommt nur darauf an, ob dies in solenner Weise, d. h. mittelst einer festbestimmten Formel geschehen mußte. Das Aufrufen der Zeugen nach beendetem Akt kam außer dem Testament noch bei der litis contestatio vor, und es ist wohl nicht zufällig, daß beide Akte nach dieser Aufrufung der Zeugen (testari, contestari) ihren Namen tragen. Bei der litis contestatio riefen beide Parteien die Zeugen auf, beim Testament der Testator allein, nicht der Erbe oder der dessen Stelle vertretende familiae emtor, ungeachtet doch auch er kein geringeres Interesse an der Aufrechterhaltung des Testaments hatte als der Testator. Es erklärt sich dies vielleicht aus der ältesten Form der Testamentserrichtung in den Comitien (B. 1 S. 145 fl.).

durchweg gleich ist, zeigt schon die Verschiedenheit der Formeln, sowie der Umstand, daß dort auch der Mancipant zu reden hat, während er hier schweigt. Nichts desto weniger läßt es sich aus allgemeinen Gründen kaum bezweifeln, daß die Zeugen bei jeder solennen Handlung auch in solenner Weise haben aufgerufen werden müssen. Es würde zu der Genauigkeit, mit der die alte Jurisprudenz alles, was geschah, auch durch Worte ausdrücken ließ, wenig stimmen, wenn sie eine so wichtige Thatsache, wie die Zuziehung der Zeugen zum Rechtsgeschäft, nicht durch eine Erklärung der Partei hätte constatiren lassen. Bei der Mancipation ging die Aufforderung aber nicht wie beim Testament von dem Mancipanten aus; das Interesse lag ausschließlich auf Seiten des Empfängers.

Mußten die Zeugen ihrerseits, oder im Namen aller einer von ihnen ausdrücklich erklären, und zwar im Geist des älteren Rechts mit hergebrachten, fest bestimmten Worten, daß sie der an sie gerichteten Aufforderung Folge leisten? Auch diese Frage würde ich schon aus allgemeinen Gründen zu bejahen nicht anstehen, ein positives Zeugniß aber dafür finde ich theils in der Bestimmung,[727] daß ein Stummer beim Testament weder Zeuge, noch Libripens sein durfte, was völlig unmotivirt gewesen wäre, wenn beide nichts zu reden gehabt hätten, theils in der Art, wie ein römischer Jurist es rechtfertigt, daß ein Blinder ein Testament errichten könne.[727a]) Der Schluß von dem Testament auf die gewöhnliche Mancipation dürfte hier weniger gewagt sein als oben.

In Bezug auf die Wirksamkeit der mancipatio hatten die XII Tafeln in dem bekannten Satz: Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto scheinbar der Autonomie der Privaten einen unbeschränkten Spielraum eingeräumt; die Jurisprudenz ließ sich dadurch nicht abhalten, diese

727) Ulp. XX, 7.

727a) Paul. S. R. III 4a § 4 qui testes testimonium sibi perhibentes audire potest.

Freiheit auf ihr richtiges Maß zurückzuführen. Alle Verabredungen, die sich mit dem Zweck oder Hergang nicht vertrugen, waren als Bestandtheile des Aktes (als »nuncupatio«)[727b] unzulässig. Dahin gehört das pactum fiduciae (S. 531), sowie die Bestimmung, daß das Eigenthum erst mit Eintritt einer Bedingung oder von einem gewissen Tage an übergehen solle — der Empfänger würde nicht haben sagen können: rem meam esse, und ebensowenig würde die sofortige Zahlung gepaßt haben. Aus diesem Grunde glaube ich denn auch nicht, daß eine Bestimmung über die demnächstige Bezahlung des Kaufpreises in die Nuncupation aufgenommen werden durfte. Es wäre eine contradictio in adjecto gewesen, einerseits mit den Worten: est emtus hoc aere u. s. w. den Kaufpreis als bezahlt, andererseits durch jenen Zusatz ihn als noch rückständig zu bezeichnen.

Dagegen konnte nicht bloß (was ich noch in der zweiten Auflage bezweifelt habe), sondern es mußte sogar in der Nuncupation der wirkliche oder ein fictiver Kaufpreis namhaft gemacht werden, das unbestimmte: hoc aere der Formel dispensirte davon nicht. Dieser Punkt hat eine ungleich höhere praktische Bedeutung, als man auf den ersten Blick ahnt. Im Falle der Eviction hatte bekanntlich der Käufer gegen den Mancipanten die act. auctoritatis auf den doppelten Betrag des Kaufpreises,[728] die Strafe der unrechtmäßigen Aneignung fremden Guts, wie bei dem furtum nec manifestum und der vindicia falsa im Vindicationsprozeß.[728a] Diese Folge war mit der mancipatio so un-

727b) Von nomine capere: beim Namen nennen, sagen. Cic. de off. III, 16 de orat. I, 57.

728) Paulus S. R. II 17 § 3; bei unterbleibender Mancipatio durch die stipulatio dupli ersetzt. Dagegen jetzt Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums, Halle 1874 S. 2 fl., er stellt alles auf die Verabredung der Parteien und meint, daß sie durch Vertrag die Verpflichtung auf ein Simplum hätten beschränken und sogar gänzlich hätten ausschließen können (S. 9); daß die spanische Fiduciartafel diese Ansicht nicht unterstützt, sondern widerlegt, wird sich sofort zeigen.

728a) Der Einwand, den Rudorff, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte B. 11

zertrennlich verbunden, daß sie durch Vertrag weder ausgeschlossen, noch erhöht, noch verringert werden konnte. Wer dieser Haftung ausweichen wollte, dem blieb nur ein doppeltes übrig: entweder gar nicht zu mancipiren oder in die Nuncupation einen so minimalen Kaufpreis aufnehmen zu lassen, daß eine ernstliche Haftung dadurch praktisch beseitigt war, sowie umgekehrt der Käufer, der einen höheren als den gesetzlichen Betrag wünschte, dies in der Weise bewerkstelligen konnte, daß er die Nuncupation eines höheren als des vereinbarten Kaufpreises ausbedang. Letzteres mochte kaum vorkommen, ersteres aber gewiß sehr häufig. Insbesondere bot ein Fall Veranlassung dazu, nämlich der Verkauf von Seiten des Fiduciargläubigers, und über ihn hat die kürzlich aufgefundene spanische Fiduciartafel uns einen Aufschluß gegeben, der das ganze Verhältniß in ein klares Licht setzte. Der Pfandgläubiger behält sich hier für den Fall, daß er zum Verkauf schreiten werde, ein Doppeltes vor: 1) daß er nur gegen Baarzahlung zu verkaufen (pecunia praesenti venderet) und 2) daß er die Mancipation nicht auf mehr als auf einen Sesterz zu stellen brauche (mancipio pluris HS nummo uno invitus ne daret), zwei Kaufbedingungen,[728b]) die begreiflicherweise die Gebote der Käufer drückten und folgeweise dem Pfandschuldner zum Nachtheil gereichten.

---

S. 88 dagegen erhoben hat, daß die act. auctoritatis keine infamirende Wirkung gehabt habe, erledigt sich durch die Bemerkung, daß der dolus, in Form der act. doli geltend gemacht, infamirte, nicht aber in Form einer Contractsklage; ganz dasselbe fand in Bezug auf die act. auctoritatis statt. Wenn Eck a. a. O. S. 4 einwendet, daß die Klage keinen dolus des Verkäufers voraussetzte, so verweise ich auf die act. furti concepti (Gaj. III 186), bei der dies ebensowenig der Fall war, und die Ausführungen in meinem „Schuldmoment des römischen Privatrechts". S. 14 fl.

728b) Von Rudorff, Zeitschr. f. R. G. B. 11 S. 87, der im übrigen die richtige Ansicht hat, unbegreiflicherweise dahin mißverstanden: „es tritt zu dem Sesterz noch ein Preis hinzu." Gerade das Gegentheil! Der Pfandgläubiger soll nicht nöthig haben, den Preis bei der Mancipation auf mehr als einen Sesterz zu stellen; mit dem wirklichen Preis hatte dieser bloß als Evictionsregulator fungirende Mancipationspreis nichts zu schaffen, was Degenkolb, B. 9 S. 149 fl. übersehen hat.

Auch die Mancipation des Pfandschuldners an den Pfandgläubiger erfolgt in jenem Fall »sestertio nummo uno« und wenn wir mit diesen beiden neuen Fällen einer solchen Sesterzmancipation die uns bereits bekannten der Schenkung[728c]) zusammenhalten, so ergibt sich daraus als Resultat: 1) bei jeder Mancipation mußte in der Nuncupation der Preis angegeben werden, das unbestimmte »hoc aere« reichte dazu nicht aus; 2) nach diesem Preise richtete sich das duplum der Eviction bei der actio auctoritatis; 3) das »hoc aere emtus est« oder die Scheinzahlung des Preises hat lediglich den Zweck, die sofortige dingliche Wirksamkeit des Mancipationsaktes zu vermitteln, d. h. den Einwand, daß der Kaufpreis nicht gezahlt sei (S. 541), zu beseitigen; 4) bei einem Verkauf erfolgte dann daneben noch die wirkliche Zahlung des Kaufpreises, so daß bei ihm also drei Kaufpreise vorkommen konnten: der contractmäßig stipulirte, effectiv zu entrichtende, der nuncupirte, lediglich auf die Evictionsfrage bezügliche, der zum Schein gezahlte. Es ergibt sich aus dem bisherigen, daß der sestertius nummus unus mit dem aes, welches dem Mancipanten quasi pretii loco gegeben wird, oder dem rodus, rauduscul um gar nichts zu schaffen hat; jener wird bloß genannt, dieser wird gegeben, jener bezieht sich bloß auf die Verpflichtung der Eviction, dieser bloß auf den Übergang des Eigenthums.

So bot also das durch das Gesetz an das »lingua nuncupare« geknüpfte »jus esto« den Parteien in Bezug auf den Preis die Möglichkeit durch bloße Erklärung zweierlei festzustellen: erstens, wie hoch er sich belaufe; zweitens, daß er bezahlt sei. Für die Wirkungen der mancipatio, d. h. die act. auctoritatis und den Eigenthumsübergang war damit die Sache rechtskräftig abgethan, es kam nicht auf das wirkliche Verhältniß, sondern auf das »nuncupare« an, denn nicht das war »jus«, was geschehen, oder was neben der mancipatio verabredet war, son-

728c) Bruns Fontes juris Rom. p. 132—135.

dern nur was nuncupirt war und zwar nur: si mancipium faciet, d. h. in der Mancipation selber.

Auch in Bezug auf das Object konnten mittelst der nuncupatio Vereinbarungen getroffen werden, so z. B. bei einem Grundstück die Zusicherung gewisser Servituten oder umgekehrt der Freiheit von ihnen, sodann der Vorbehalt von Servituten zu Gunsten des Mancipanten (deductio),[729] bei dem Verkauf eines Sklaven die Angabe, daß und unter welcher Bedingung er statu liber sei, daß das Pekulium mitgegeben oder vorbehalten werde, bei einem Thier das Alter, die Fehler oder deren Nichtdasein u. s. w.

Welche Vereinbarungen aber immerhin sonst noch möglich und üblich waren, eine Verpflichtung konnten dieselben stets nur für den Mancipanten, niemals für den Empfänger der Sache erzeugen. Die Meinung, daß die Mancipation für den Käufer rücksichtlich des schuldigen Kaufpreises die Kraft eines Nexum ausgeübt habe, hat, ganz abgesehen von ihrem Mangel an allem und jedem positiven Anhaltspunkt, alle inneren Gründe gegen sich. Alle formellen Geschäfte des eigentlichen jus civile sind streng einseitig (B. 4 § 53), es gibt keins, aus dem beide Contrahenten gegenseitig verpflichtet würden, und selbst der Kauf und die Miethe wurden, wie ich an anderer Stelle nachzuweisen hoffe, früher in zwei einseitige Geschäfte (stipulationes emti, venditi, locati, conducti): emtio und venditio, locatio und conductio aufgelöst. Kurz der Grundsatz der Einseitigkeit ist eins der Fundamentalprincipien des älteren Rechts. Wie bei der Stipulation, so hat auch bei der Mancipation nach dem von mir an anderer Stelle zu begründenden Grundsatz der Initiative derjenige Theil, dessen Interesse das Geschäft bezweckt, die getroffenen Verabredungen (die lex contractus) zu publiciren.[729a] Daß der Man-

729) Vat. fragm. § 50.

729a) Die Ansicht, daß auch der Mancipant gesprochen habe oder habe sprechen können, halte ich für absolut verwerflich, sie paßt weder sachlich ins ältere Recht, noch stimmt sie sprachlich mit dem Singular nuncupassit der

cipant wie bei der Stipulation auf die Rede des Andern habe antworten müſſen, wird mit Ausnahme des Teſtaments nirgends erwähnt, und bei der gewöhnlichen Mancipation werden wir es ſchwerlich annehmen dürfen. Bei der Stipulation lag die Nothwendigkeit der Antwort in der Frage ſelbſt ausgedrückt, bei der Mancipation dagegen lautete die Formel aſſertoriſch, ähnlich wie bei der in jure cessio, und daß es bei letzterer keiner Antwort bedurfte, iſt ausdrücklich bezeugt.[730]) Nur bei dem testamentum per aes et libram ſprechen, abweichend von dem ſonſtigen Mancipationsritual, beide Parteien, zuerſt der familiae emtor und dann der Teſtator. Lediglich die von letzterem herzuſagende Formel wird nuncupatio genannt.[730a]) Sachlich bedarf dieſe Abweichung keiner Rechtfertigung, denn wer ſoll beim Teſtament ſprechen, wenn nicht der Teſtator? Eine formelle Handhabe dazu bot möglicherweiſe der Satz der XII Tafeln: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto, denn ein »legare« erforderte ein Sprechen. Vielleicht war die nuncupatio nichts als die aus der alten Form der Teſtamentserrichtung hinübergenommene Anſprache ans Volk: itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.[731])

Das Anwendungsgebiet der mancipatio war ein außer-

---

XII Tafeln. Das Geſetz erkennt damit nur die eine Partei als redend an, und zwar die, welche »mancipium faciet nexumve« d. h. welche das manucapere und nectere vornimmt, d. i. dort das Eigenthum, hier den Anſpruch erwirbt.

730) Gaj. II, 24 quo negante aut tacente. Schon dieſe Verſchiedenheit in der Faſſung der Formeln hätte, ganz abgeſehen von anderen Gründen, die unüberlegte Idee ausſchließen ſollen, als ob die Stipulation aus der Nuncupation der Mancipation entſtanden ſei.

730a) Gaj. II, 104.

731) Hierzu ſtimmt denn auch die Art, wie Ulp. XX, 9 die Sache darſtellt: in testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Ebenſo Gaj. II, 116. Dieſe nuncupatio gehört demnach nicht mehr zu der mancipatio, ſie iſt etwas außer und neben ihr, während die nuncupatio einen integrirenden Beſtandtheil der gewöhnlichen mancipatio bildet.

ordentlich weites, es umfaßte 1. das Eigenthum, 2. die Rusticalservituten (beziehungsweise die vier älteſten Species derſelben: iter, via, actus, aquaeductus), 3. die manus (coemtio), 4. das mancipium und 5. das Erbrecht. Alle dieſe Fälle haben ihr mehr oder minder Eigenthümliches. Wenn der dritte und vierte dem erſten, den wir als den eigentlichen Typus betrachten dürfen, in der Beziehung am nächſten ſtehen, daß bei ihnen, wenn auch keine Sache, ſo doch noch ein ſichtbarer und faßbarer Gegenſtand vorhanden iſt, ſo weichen ſie darin von ihm ab, daß beim vierten das verliehene Recht, auch wo es ſich um eine mancipatio fiduciae causa handelte, regelmäßig[732]) eine vorübergehende Dauer hatte, praktiſch mehr der Miethe, als dem Kauf glich, beim dritten aber — um uns bei dieſer überaus beſtrittenen Frage[733]) auf das allein Sichere zu beſchränken — jedenfalls in der Formel eine der materiellen Verſchiedenheit des Verhältniſſes entſprechende Abweichung von der gewöhnlichen Mancipationsformel Statt fand.[734]) In dem zweiten und fünften Fall erreichte die Mancipation ihren Culminationspunkt, ſie hatte ſich hier von dem natürlich ſinnlichen Requiſit eines faßbaren, ſichtbaren Gegenſtandes völlig losgeriſſen. Dazu kamen in dem letzten Fall noch andere im Verlauf der Darſtellung bereits berührte Abweichungen und zwar von dem Gewicht, daß, wenn auch nicht die äußere Phyſiognomie, ſo doch das innere Weſen und die juriſtiſche Natur der Mancipation in dieſem Fall bis zur gänzlichen Unkenntlichkeit entſtellt oder richtiger völlig geopfert worden war.[735])

732) Gaj. I, 140. S. oben S. 174.

733) Roßbach Unterſuchungen über die röm. Ehe. S. 67—81.

734) Gaj. I, 123 .. cum a parentibus et coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi, quod non similiter fit in coemptione. Im Sinne des gewöhnlichen Lebens — denn eine juriſtiſche Wahrheit hatte die Auffaſſung ſchwerlich — mochte man ſogar die Frau ſelbſt als Subject der Coemption bezeichnen: coemptionem facit z. B. Gaj. I, 115 u. a. Stellen.

735) Im richtigen Gefühl davon haben die römiſchen Juriſten die here-

Die Mancipation erſtreckt ſich demnach faſt über das geſammte Privatrecht: das Vermögensrecht, Familienrecht und Erbrecht; nur für das Obligationenrecht hatte ſie keine Geltung. Mit ihren mittelbaren Wirkungen reichte ſie allerdings auch in letzteres hinein (actio auctoritatis, Damnationslegat). Allein ſo wenig man die Antretung der Erbſchaft aus dem Grunde einen obligatoriſchen Akt nennen darf, weil ſie auch obligatoriſche Verhältniſſe begründen kann, ſo wenig darf man dasſelbe in Bezug auf die Mancipation thun. Primär und ausſchließlich konnte keine Obligation durch ſie erzeugt werden.

---

Die in jure cessio (Abtretung vor Gericht) bietet ungleich weniger Schwierigkeiten dar als die mancipatio. Sie iſt das Gegenſtück der sponsio praejudicialis; wie bei letzterer der Vertrag dem Prozeß aushilft, ſo hier der Prozeß dem Vertrage — eine Verwendung des Prozeſſes oder der ſogenannten juris dictio contentiosa zu Zwecken der jurisdictio voluntaria, die ſich in der Geſchichte des Rechts häufig wiederholt.[735a]) Ihrer Form nach eine Scheinvindication, wobei der Erwerber als Vindicant auftrat, der Cedent ſich der Contravindication enthielt, und der Prätor jenem die in Anſpruch genommene Sache oder das Recht zuſprach, fand die in jure cessio nur bei ſolchen Rechten Statt, die möglicherweiſe Gegenſtand der Vindication ſein konnten. Daher war auch ſie zur Begründung obligatoriſcher

---

ditas nicht unter die res mancipi gerechnet, während ſie dies bei den Ruſticalſervituten thun, trotzdem daß auch ſie res incorporales ſind, Gaj. II, 17. Ulp. XIX, 1. Daß die mancipirten freien Perſonen unter den res mancipi nicht mit genannt werden, bedarf keiner Erklärung.

735a) So z. B. auch im altgermaniſchen Recht der Scheinprozeß des fränkiſchen Königsgerichts (von Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß des gemeinen Rechts IV, S. 493, Brunner in den Feſtgaben für Heffter S. 158 fl.), im mittelalterlichen Recht die gerichtliche Auflaſſung (Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den ſächſiſchen Rechtsquellen des Mittelalters, S. 235 fl.).

Verhältniſſe ungeeignet, ja ſie ſchloß vermöge der Natur des Aktes, in deſſen Formen ſie ſich kleidete, ſelbſt die acceſſoriſche Begründung derſelben aus.[736] An Alter ſteht ſie hinter der Mancipation höchſt wahrſcheinlich zurück,[737] an ausgedehnter Anwendbarkeit keineswegs, wie dies die folgende tabellariſche Vergleichung ihrer beiderſeitigen Anwendungsgebiete nachweiſen ſoll.

| Anwendungsgebiet, | | |
|---|---|---|
| ausſchließliches der mancipatio. | gemeinſames. | ausſchließliches der in jure cessio. |
| | Eigenthumsübertragung an res mancipi, ..... | ... an res nec mancipi. |
| | Beſtellung von Ruſticalſervituten, ..... | ... Urbanal- und perſönlichen Servituten. |
| Mancipium. | | Manumiſſion (vindicta). |
| Manus. | | Emancipation. |
| Teſtament. | | Adoption. |
| | | Übertragung der tutela legitima mulierum und der hereditas legitima. |

Wir werden nicht fehlgreifen, wenn wir den Urſprung der in jure cessio auf ihrem ausſchließlichen Anwendungsgebiet ſuchen. Ihre Anwendung auf die Fälle der zweiten Columne war eine bloße Conſequenz ihrer Form, für letztere hätte es ihrer Einfüh-

736) Über die fiducia iſt oben (S. 531) bereits das Erforderliche geſagt.

737) Die früheſte Erwähnung geſchieht in Anwendung auf die Manumiſſion für das erſte Jahr der Republik (Liv. II, 5), und zwar verhielt ſich die manumissio per vindictam zu der bis dahin üblichen manumissio censu in ähnlicher Weiſe, wie das testamentum per aes et libram zu dem in comitiis calatis d. h. beide ſtellten eine zu jeder Zeit anwendbare, alſo bequemere Form der früheren an gewiſſe Zeiten gebundenen gegenüber. Nach Paulus in den Vat. fr. § 50 ſollen die XII Tafeln die in jure cessio anerkannt haben; ob »propalam« oder »per consequentiam« (Ulp. XI, 3) d. h. dadurch, daß ſie der Vindication gedacht hatten, ſtände wohl noch zur Frage. Das »confirmat« von Paulus kann denſelben Sinn haben, wie das »jubet« von Ulp. X, 1.

rung nicht bedurft, für sie reichte vielmehr die Mancipation vollkommen aus, und das Leben bediente sich auch fast nur der letzteren.[738]) Auf dem angegebenen Gebiet hingegen entfaltete sie ihre eigenthümliche praktische Brauchbarkeit, weil sie hier Zwecken diente, die sich auf andere Weise theils gar nicht, theils, wie z. B. die Manumission, nur in unvollkommnerer Weise erreichen ließen. Daß sie nicht von vornherein und mit einem Male, sondern erst nach und nach in Besitz dieses weiten Gebietes gekommen ist, wird Niemand, der etwas von dem Gange der historischen Entwicklung im römischen Recht weiß, bezweifeln. Über das relative Altersverhältniß der einzelnen Fälle fehlt es uns an allen positiven Nachrichten, bis zu einem gewissen Grade kann die Combination jedoch diesen Mangel ergänzen. Als einen der ältesten Fälle betrachte ich die manumissio vindicta, er ist zugleich der einzige, für den uns eine bestimmte Entstehungszeit angegeben wird (Note 737). Erst nach den XII Tafeln können sich, vielleicht überhaupt, jedenfalls aber erst in der uns bekannten Gestalt, die Emancipation und Adoption gebildet haben, da sie eine Allusion auf einen Satz dieses Gesetzes enthalten (S. 184 und 458). Die Urbanalservituten sind nach allen Anzeichen noch weit jüngeren Ursprungs (Note 359), rücksichtlich der übrigen Fälle fehlt es an jedem Anhaltspunkt.

In allen diesen Fällen war der Gegenstand der gerichtlichen Abtretung, um den römischen Ausdruck beizubehalten, eine res incorporalis, und damit ist zugleich der Gesichtspunkt für den principiellen Gegensatz dieses Geschäfts zu der Mancipation dargelegt. Die historische Wurzel und der praktische Schwerpunkt liegt bei der einen in der res corporalis, bei der andern in der res incorporalis; erst in ihren Verzweigungen kreuzen sie sich.

738) Gaj. II, 25: Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud Praetorem aut apud Praesidem provinciae quaerere. Dasselbe Verhältniß wird sich zwischen ihr und der Tradition der res nec mancipi annehmen lassen.

Es bleibt uns noch die Stipulation (S. 485): der auf Eingehung einer Obligation gerichtete Vertrag in Form mündlicher Frage und Antwort.

Sie hat folgende Requiſite:

1. Die Gegenwart der Parteien.

2. Die vorausgehende Frage des Gläubigers. Die Umkehr der Ordnung, ein vorausgehendes Verſprechen von der einen und eine Acceptation von der andern Seite begründete keine Stipulation (über den Grund ſ. § 57). Das römiſche Recht kennt zwei Formen der Stipulation: eine ſtrengere, engere und eine freiere, abſtractere. Jene: die dem jus civile angehörige, an die Worte: spondes? spondeo gebundene und auf Römer beſchränkte sponsio[739] — dieſe: die dem jus gentium angehörige, lediglich an das abſtracte Requiſit der mündlichen Frage- und Antwortform geknüpfte und mit beliebigen Worten (z. B. dabis, facies, promittis?) und in jeder Sprache mögliche stipulatio ſchlechthin.[740] Daß letztere, wenigſtens in ihrer Anwendung auf Römer unter ſich, jüngeren Urſprunges iſt, dafür ſprechen, wenn auch keine äußeren, ſo doch gewichtige innere Gründe (§ 47).

3. Die ſofortige Antwort. Ein Zwiſchenraum hebt die Verbindung zwiſchen Frage und Antwort auf, beide ſollen ein einziges Ganzes bilden, es muß folglich auch der Akt ſelbſt ein einiger ſein (unitas actus).[741]

4. Die entſprechende Antwort. Eben weil beide ein einziges Ganzes darſtellen ſollen, müſſen ſie ſich decken. Lautet die Antwort anders, als gefragt, ſei es auf mehr oder auf weniger, und bei der sponsio nicht auf den Ausdruck: spondeo, ſo iſt

---

739) Über die problematiſche Ableitung derſelben aus dem Eid ſ. B. I S. 303 fl.

740) Gaj. III, 92, 93. L. 1 § 6 de V. O. (45. 1).

741) L. 1 § 1 de V. O. (45. 1). Über die Allgemeingültigkeit dieſes Erforderniſſes der Einheit des Akts im alten Recht ſ. B. 4, § 53 (Note 184 fl.).

die Stipulation verfehlt.[742]) In späterer Zeit ward man darin laxer, aber in der alten Zeit hielt man daran mit äußerster Pedanterie fest und erließ auch nicht einen Buchstaben. Und in der That, es war jedenfalls das Sicherste, denn wenn man einmal nachließ, wo war die Gränze? Jene Strenge hatte einen ganz vernünftigen Sinn, und was Gellius (XVI, 2) von dem gleichen Grundsatz der Dialektik sagt, paßt wörtlich auf die Stipulation. „Es ist ein Gesetz dieser Kunst, bemerkt er, daß, wenn man sich über irgend ein Thema streitet, man nicht mehr und nicht weniger antworte, als man gefragt wird, entweder mit Ja oder Nein; wer mehr oder anders antwortet, gilt als Idiot. Und darauf muß man halten, denn es gibt kein Ende des Streites, wenn man die einzelnen Streitpunkte nicht fixirt und nicht einfach durch Frage und Antwort erledigt.“ In ähnlicher Weise, meinten die alten Juristen, ließe sich auch bei den Verhandlungen rechtlicher Art die Gewißheit der erreichten Einigung nur dadurch constatiren, daß der Schuldner sich streng an die Frage binde; thue er es nicht, so sei das ein Zeichen, daß die Parteien noch nicht eins geworden seien. Im Geist der alten Zeit (§ 47[b]) darf man annehmen, daß der Schuldner ursprünglich den ganzen Inhalt der Stipulation wiederholen mußte und sich nicht wie später mit einem einfachen Ja oder spondeo, dabo u. s. w. begnügen durfte. Das wahre Wesen der Stipulationsidee ist sowohl von ihrer psychologischen als praktischen Seite bereits von einem Andern[743]) in so

742) Gaj. III, 102. Die L. 1 § 2—5 de V. O. (45. 1) veranschaulicht die freiere Entwicklung, die schon in der verhältnißmäßig kurzen Zeit von Gajus bis auf Ulpian Statt gefunden hat; sollte das, was Gajus lehrt, noch ganz das ursprüngliche gewesen sein?

743) J. Christiansen (der Ältere) Institutionen des röm. Rechts S. 308—310 — ein Buch, das neben manchem Ungenießbaren und völlig Überspannten viele tiefe, von genialer Intuition zeugende Einblicke enthält. Die nicht unverschuldete geringe Verbreitung des Buchs hat mich bestimmt, die citirte Stelle mit Auslassung einiger überflüssigen Breiten wörtlich abdrucken zu lassen.

zutreffender Weise entwickelt worden, daß ich nichts besseres thun kann, als dessen Worte wörtlich wieder zu geben.

„Die neuern gebildeten Sprachen und die gebildeten Sprecher dieser gebrauchen zum Ausdruck absoluter Bejahung oder Verneinung der Frage ein einfaches Abstractum, welches absolut und rein nur Bejahung oder Verneinung ohne weitere Bestimmung ist. Wie kurz, wie lang, welchen Inhalts immer die Frage sei, so wird die Bejahung mit „Ja" u. s. w. gleichmäßig auf die kürzeste und bündigste Weise abstract ausgedrückt. Die ältern concreteren Sprachen überhaupt wie auch noch die ungeübteren Sprecher ausgebildeter Sprachen haben nur eine concrete Bejahung. So auch die römische Sprache. Sie kennt gar keine abstracte Bejahung. Statt der reinen Antwort hat sie nur ein Antworten auf dieses Gefragte. Es wird in die Antwort mehr oder minder alles Gefragte wieder aufgenommen. Das ist so allgemein die Natur des concreteren sinnlicheren und sinnigeren Bildungszustandes. Der Antwortende kann noch nicht nach-denken und nach-wollen, ohne nach-zu-sprechen, und hat die instinktmäßige Vorsicht bei dieser Weise, die ihm dienlicher und sicherer ist, zu bleiben. Denn nur wenn das Gefragte nach-gesprochen ist, können beide Theile sicher sein, daß auch dasselbe gemeint ist.

„Im gebildeten Zustande würde auf die Frage: willst du für zweitausend mir u. s. w. geben? mit einem bloßen Ja geantwortet werden und damit die unumwundenste Einigkeit vorzuliegen scheinen. Im Einzelnen, also im Ganzen ist aber innerlich vielleicht die größte Uneinigkeit vorhanden; der Verkäufer verstand vielleicht „drei" statt „zwei" u. s. w. Alle diese Dinge wären beim wörtlichen Nachsprechen zum Vorschein gekommen. Wenn dagegen bei den Alten der Gläubiger fragte: spondesne Stichum hominem .... dare, so antwortete der Gläubiger nicht bloß mit spondeo sondern er wiederholte den ganzen Satz. Nur bei der feierlichsten Form der Aussage oder Zusage durch rechten Eid verlangen auch wir noch jenen ursprünglich ganz allgemein üblichen umständlichen, detaillirten Ausspruch. Beim Katechisiren

mit Kindern, bei Aufträgen an Ungebildete begnügt man sich ebenfalls nicht mit einem bloßen „Ja", sondern verlangt umständliche Wiederholung.

„Es ist einleuchtend in welchem Grade die concrete Bejahung größere Garantie des Einverständnisses und Ernstes gibt als die abstracte. Es ist zwischen beiden in Hinsicht der Zuverlässigkeit ungefähr der Unterschied, wie ob man eine zu hebende Last mit dem bloßen Augenmaß probirt und approbirt oder sie wirklich auf die Schultern nimmt."

So weit Christiansen. Die Form der Frage war im römischen Rechtsleben keineswegs auf die Stipulation beschränkt, sie wiederholte sich in alter Zeit auch in anderen Fällen, wo es die Begründung einer Obligation galt. So werden die praedes durch Frage und Antwort verpflichtet,[746] und in derselben Weise erfolgt bei Plautus der Abschluß der Kaufcontracte.[746a])

Rücksichtlich ihrer ausgedehnten Anwendbarkeit durfte die Stipulation sich füglich mit den beiden bisher betrachteten Formen messen; was letztere für das absolute Recht, war sie für das relative: die Obligation, eine allgemeine Form, wodurch, wie auch in ihrem Namen liegt,[747] die Sache fest gemacht wurde.

---

746) Festus sub praes: praes ... interrogatus a magistratu, si praes sit, respondet: praes.

746a) In gleicher Form estne emptus? est emptus.

747) Stipulatio kommt von stips, letzteres von der Sanskrit-Wurzel sthâ, von der auch Stab und Stift. Im Lateinischen hieß stip, stipit, stirp Stamm, welches auch in obstipescere (gleichsam zum Stock werden) erhalten ist. So Pott Etymol. Forsch. Bd. 1 S. 198. Die Institutionen pr. I. de V. O. (3. 16) treffen mithin das Richtige, indem sie das Wort daher ableiten: quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens. Ganz entsprechend sowohl sachlich wie sprachlich sind die deutschen Ausdrücke: bestätigen, rechtsbeständig, vor Gericht gestedegen (Sachsenspiegel II, 30 d. i. festmachen, wie stipulari). Mit den Getreidegarben hat zwar das »stipendium« (Austheilung derselben an die Soldaten), die »stipulatio« dagegen nichts zu thun, und das „Getreidegeschäft", das die bekannte zügellose Phantasie von Huschke Nexum S. 100 aus ihr gemacht und höchst anschaulich beschrieben hat, ist um nichts besser als der etymologisirende Er-

Alle und jede Verträge, insofern sie nur nichts Unerlaubtes enthielten und auf eine erzwingbare Leistung gerichtet waren, mochten sie im übrigen schon an sich klagbar sein oder nicht, konnten in diese Form eingekleidet werden. Doppelt wichtig aber war sie gerade im ältern Rechte bei der beschränkten Zahl der vorhandenen Obligationsformen — ein Punkt, den ich an dieser Stelle noch aussetzen muß. Dabei beschränkte sich ihre Anwendbarkeit keineswegs bloß auf das jus civile, sie erstreckte sich vielmehr auch auf den Prozeß — es war kaum ein Rechtsstreit möglich, in dem nicht zwischen den Parteien gewisse Stipulationen abgeschlossen wurden, bei der reivindicatio per sponsionem diente sie sogar als Einkleidungsform und Basis des ganzen Verfahrens. Auch im völkerrechtlichen Verkehr kehrt sie wieder — wenigstens bringen die Römer die publicistischen Verträge, sofern sie nicht constitutiver, sondern promissorischer Art sind, unter die Form der sponsio[748]) und endlich auch im internationalen Privatverkehr — es waren die oben angegebenen abstracten Stipulationsformen des jus gentium.

Dieser extensiven Brauchbarkeit entsprach ihre intensive. Die bei den andern beiden Geschäften unstatthafte Hinzufügung eines dies und einer conditio war bei der Stipulation, wie das die Natur eines promissorischen, d. h. auf die Zukunft gerichteten Vertrages mit sich bringt (§ 53 Note 211 u. fl.), zulässig, und gerade dieser Zulässigkeit der Bedingung verdankte die Stipulation zum wesentlichen Theil den hohen Grad ihrer Brauchbarkeit. Mittelst der Bedingung war es möglich, indirect alle gedenkbaren Gegenstände, Leistungen u. s. w. in den Bereich

---

klärungsversuch von Isidor V, 24 § 30, bei dem er die germanische Sitte der Bestätigung durch Übergabe des Halms (J. Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer, S. 121) vor Augen hatte (Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter II 229), während Grimm S. 129 sie für das römische Recht aufrecht zu erhalten sucht.

748) Gaj. III, 94. Das foedus war constitutiver Art. Das Nähere an späterer Stelle.

der Obligation zu ziehen. Die einfache Formel war: verſprichſt Du die und die Summe, wenn Du dies und das gethan oder nicht gethan haſt? Die Handlung oder Unterlaſſung, auf die es abgeſehen war, bildete hier nicht den Gegenſtand der Obligation ſelber, ſondern nur der Bedingung (das in conditione positum), aber die für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung verſprochene Strafe (Conventionalpön) gewährte, wenn nur der Betrag der Strafe hoch genug gegriffen war, einen eben ſo wirkſamen, ja regelmäßig einen viel wirkſameren indirecten Schutz, als es der directe geweſen wäre. Unter dieſer weiten Kategorie des in conditione positum fanden alle möglichen Handlungen und Unterlaſſungen Platz, mochten ſie direct klagbar ſein oder nicht, ein Intereſſe haben oder nicht; die einzige Gränze beſtand in der conditio turpis; Verträge, die etwas Geſetzwidriges oder Unmoraliſches bezweckten, wurden von den Juriſten für nichtig erklärt. In unſerm heutigen Recht, in dem alle erlaubten Beredungen klagbar, d. h. direct erzwingbar ſind, iſt der Werth dieſer indirecten Erzwingung erheblich verringert, im altrömiſchen Recht dagegen, wo zwiſchen dem Klagbaren und dem Unerlaubten die große Menge der zwar erlaubten, aber nicht direct erzwingbaren Leiſtungen in der Mitte lag, wo, wie ich andern Orts nachzuweiſen hoffe, Obligationen auf ein bloßes Thun als ſolches (d. h. inſofern es nicht eine Sache, ein Geben zum Gegenſtand hatte) noch keine Anerkennung gefunden hatten, war der Werth dieſes Mittels ein unſchätzbarer (§ 56, Nr. 8, 9, 11).

## 3. Analyſe des römiſchen Formenweſens.

**Der Stoff: Zeichen, Handlungen, Worte. — Überſicht der ſymboliſchen Zeichen und Handlungen des römiſchen Rechtslebens — die Hand insbeſondere.**

XLVII. Unſere Aufgabe führt uns auf ein in einer gewiſſen Richtung kaum durchforſchtes Feld, ein Umſtand, der die Ausbeute auf der einen Seite ebenſoſehr erleichtert, als auf der andern er-

ſchwert. Die Richtung, in der die Rechtsgeſchichte dasſelbe bisher faſt ausſchließlich unterſucht hat, iſt eine einſeitige, es iſt ganz dieſelbe, die noch vor nicht gar langer Zeit in der Botanik die herrſchende war, d. h. eine rein *deſcriptive*, die ſich mit Sammlung, Aufzählung, Beſchreibung der Einzelnheiten begnügt. Daß aber auch hier die Abſtraction einen dankbaren Stoff vorfindet, daß wir auch hier auf dem Wege der Analyſe werthvolle allgemeine Reſultate gewinnen können, wird, wie ich hoffe, die folgende Darſtellung zeigen.

Das Allgemeine, was die bisherige Lehre uns bietet, geht über dasjenige, was bereits Cicero und Gajus haben, nicht hinaus. Es iſt jenes allgemeine Urtheil (S. 442 Note 610) über die Strenge und Peinlichkeit, mit der die ältere Jurisprudenz die Formeln handhabte, erläutert durch die bekannten von Gajus mitgetheilten Beiſpiele. Allein ſelbſt dieſe unzweifelhafte Thatſache iſt, ſo lange man ſie nicht in den rechten Zuſammenhang bringt, mehr geeignet, das Urtheil über das ältere Recht irre zu führen, als zu fördern; ſie dient weniger dazu, uns mit demſelben zu verſöhnen als zu entzweien — ſie gibt uns ein Räthſel ohne die Auflöſung.

Um nun gleich den Punkt zu bezeichnen, in dem meiner Meinung nach das Verſtändniß des ganzen Formenweſens zu ſuchen iſt, ſo iſt dies das *morphologiſche* Element desſelben, aber nicht in ſeiner dürren Äußerlichkeit, ſondern in *ſeiner inneren Urſächlichkeit*. Wir dürfen den Formalismus nicht hinnehmen als etwas Gegebenes, bei dem man ſich beruhigen müſſe, von dem man ſich nicht Rechenſchaft darüber geben könne, warum das Einzelne gerade ſo und nicht anders ſei, und bei dem dies auch kein höheres Intereſſe habe. Der Geſichtspunkt vielmehr, unter dem wir ihn zu erfaſſen haben, und den ich im Folgenden möglichſt durchführen werde, iſt der einer bewußten und berechneten juriſtiſchen Schöpfung, einer *tief durchdachten Zeichenſprache*, kurz eines *Kunſtproductes* des juriſtiſchen Geiſtes. Von dem Scharfſinn, ja ich

darf ſagen, dem Geiſt, den die alten Juriſten in den ſcheinbar ſo unfruchtbaren und dürren Gegenſtand hineinzulegen verſtanden, haben wir, denen unſer heutiges Recht und unſere heutige Wiſſenſchaft jeden Anlaß zu ähnlicher Arbeit und damit jede Parallele für ihre Leiſtungen verſagt, heutzutage kaum eine Ahnung. Die Aufgabe und die Methode unſerer heutigen Wiſſenſchaft iſt eine andere geworden, und mit der Sache iſt uns auch der Sinn und das Verſtändniß für jenen untergegangenen Zweig der juriſtiſchen Kunſt abhanden gekommen. Mich gemahnt dieſer Umſchwung, dieſes völlige Ausſterben einer Kunſt, die einſt im höchſten Flor und Anſehen ſtand und den ganzen Scharfſinn der Juriſten in Bewegung ſetzte, an ſo manche Erſcheinungen des modernen Culturlebens. Ein recht verwickelter muſikaliſcher Kanon, ein kunſtgerechtes Gedicht nach den Regeln des Meiſtergeſanges brachten einſt dem Muſiker und Meiſterſänger nicht mindere Ehre und Anerkennung, als ſeiner Zeit die Formel einem altrömiſchen Juriſten. Heutzutage würde man darin kaum etwas anderes finden als ein nutzloſes Spiel des Verſtandes. Allein hüten wir uns, unſern heutigen Maßſtab an frühere Zeiten anzulegen und zu verkennen, daß, was für uns werthlos iſt, für ſie vollkommen berechtigt war. Unſere heutige Wiſſenſchaft hat nicht mehr nöthig, ihre Kraft auf Worte und Formeln zu richten, weil unſer Recht eine höhere Stufe beſchritten hat, der römiſchen Jurisprudenz aber war durch die Stufe, auf der ſich das ältere Recht befand, eine neue, den Anforderungen des Lebens und der juriſtiſchen Kunſt entſprechende Art und Richtung ihrer Thätigkeit vorgezeichnet; daß ſie ihren ganzen Scharfſinn und ihre ganze Kraft an ein ſcheinbar ſo untergeordnetes Object verwandte als das Formelweſen, war nicht Sache ihrer freien *Wahl*, ſondern der geſchichtlichen *Nothwendigkeit*.

---

Der Stoff, aus dem das ältere Recht die formellen Geſchäfte gebildet hat, ſind Handlungen, Zeichen und Worte. Unter ihnen nehmen letztere die erſte Stelle ein. Zunächſt rückſichtlich

der ihnen zu Theil gewordenen juriſtiſchen Durchbildung. Sodann aber ſind ſie und nur ſie das abſolut unentbehrliche Element eines jeden Rechtsgeſchäfts; es gab Rechtsgeſchäfte, z. B. die Stipulation, bei denen das bloße Wort, keins, bei dem die bloße Handlung genügte. Man könnte darauf hin verſucht ſein, ſich das Verhältniß zwiſchen dem Wort, der Formel auf der einen und dem Zeichen, der Handlung auf der andern Seite ſo zu denken, als ruhe der eigentliche Nachdruck des Geſchäfts überall auf dem erſteren Element, und als ſei letzteres nur eine ziemlich unweſentliche decorative Zuthat, eine bloße Begleiterin des Worts geweſen, wie es im gewöhnlichen Leben die Hand mit ihren Geſticulationen im Verhältniß zur Zunge iſt: — wenn der ſinnlich natürliche Menſch ſpricht, ſo pflegt er ſeine Worte pantomimiſch, namentlich mit der Hand zu unterſtützen. Allein ſo wenig ich die Zuläſſigkeit dieſer Auffaſſung für die meiſten Rechtsgeſchäfte beſtreiten will, ſo hat ſie doch keinen Anſpruch auf ausſchließliche Geltung. So wie die Hand die Zunge, ſo pflegt umgekehrt auch letztere jene zu ſecundiren, m. a. W. der Nachdruck kann auch auf dem Handeln ruhen und die Rede nur den Zweck haben, dasſelbe zu erläutern, oder zu conſtatiren.[749]) Es iſt eine beachtenswerthe Eigenthümlichkeit des älteren Rechts, namentlich aber des Prozeſſes, alle relevanten Thatſachen, um unſern Ausdruck: aktenkundig zu imitiren: ohrenkundig zu machen. Es genügt z. B. zum Anfang der Verhandlungen nicht, daß die Parteien da ſind, ſie müſſen erſt noch aufgerufen, citirt werden und durch Antwort ihre Anweſenheit conſtatiren. Ebenſo die Richter bei dem Verfahren der Quaestiones perpetuae. Haben die Parteien geſprochen, ſo erfolgt mündlicher Aktenſchluß durch das Wort des Gerichtsdieners: dixerunt.[750]) Auch der Anfang und das Ende der Sitzung muß durch Ausruf desſelben verkündet werden, ähn-

749) Als Beiſpiel nenne ich den Scheinkampf und die Ertheilung der Vindicien im Vindicationsprozeß.

750) Quint. I, 5 § 43 »dixere« .. praeco pronuntiet. Gehört dahin auch Liv. III, 45 lictor decresse ait?

lich wie bei der Abhaltung der Auſpicien das „Silentium“ durch Meldung des Augurn an den Magiſtrat.[751]

Aus Gründen der Darſtellung behandle ich das wichtigere Element erſt an zweiter Stelle und beginne mit den Zeichen und Handlungen.

Ich habe in § 45 drei Arten derſelben unterſchieden: ſymboliſche, repräſentative und reſiduäre, und für die beiden letzten dort bereits die meiſten Beiſpiele aufgeführt, die das ältere Recht uns darbietet. Es verbleibt uns hier noch die erſte Claſſe, und für ſie liefert das ältere Recht und Leben eine reiche Ausbeute.[752])

Die Fasces mit den Beilen in den Händen der Lictoren erinnern das Volk an das den Conſuln zuſtehende Recht über Leben und Tod, das Schwert in den Händen des Judex quaestionis der ſpäteren Zeit enthält für den Angeklagten die Mahnung, daß über ſeinem Haupte das Schwert ſchwebe; wenn die Todesſtrafe vollzogen werden ſoll, ſo kehrt der Magiſtrat, der den Befehl zu ſeiner Hinrichtung gibt, das Gewand um.[753]) Der Speer iſt das Symbol des Kampfes; er verkündet dem Feinde, wenn er über deſſen Gränze geworfen wird, den Krieg, daheim aber gilt er als Zeichen des Eigenthums, denn der älteſten Rechtsſymbolik gilt nicht die Arbeit, ſondern die Erbeutung vom Feinde als die eigentliche Wurzel des Eigenthums (I. S. 113). Der

751) Das Material zu dem obigen ſ. bei Pseudo Ascon. in Verrem I, § 56 (Orelli II, 152) II, § 2 (Orelli II, 156). Cic. de divin. II, 34. Servius ad Virg. I, 656. Plin. H. N. VII, 60. Briss. de voc. ac form. I, c. 219. V, 213.

752) Die gründliche und gelehrte Schrift von Ever. Otto: de Jurisprudentia symbolica exercitationum trias. Traj. ad Rhen. 1730 behandelt nur einzelne Seiten des Gegenſtandes und ſchließt ſelbſt rückſichtlich ihrer manche Nachträge nicht aus. Mit Rückſicht auf ſie habe ich im Folgenden es mir regelmäßig erſpart, die Belegſtellen anzuführen. Eine Zuſammenſtellung der Symbole des deutſchen Rechts gibt J. Grimm in ſeinen Rechtsalterthümern S. 109 fl.; ſ. auch Reyſcher Beiträge zur Kunde des deutſchen Rechts und Arnold Cultur und Rechtsleben S. 292.

753) Seneca de ira I, 16: perversa magistratui induenda vestis.

Siegelring ist das Mittel der Beglaubigung und daher das Zeichen der Glaubwürdigkeit und das Vorrecht des freien Mannes; daher die Sitte, ihn als Unterpfand (arrha) zu geben z. B. beim Kauf, bei der Verlobung und durch ihn wie z. B. bei Übergabe an den erwählten Erben, die Zuwendung des höchsten Vertrauens zu documentiren.[753a]) Die goldenen Ringe als Anzeichen des Ritterstandes, beziehungsweise der freien Geburt stammen erst aus späterer Zeit, die ältere kannte nur eiserne.[754]) Der Hut (pileus) ist das Zeichen der erlangten oder wiedererlangten Freiheit. Woher dies? Man hat es mit der bei dieser Gelegenheit Statt findenden Sitte des Haarschneidens in Verbindung gebracht, der Hut habe zur Bedeckung des nackten Kopfes dienen sollen.[755]) Der Sitte des Haarscheerens liegt wohl der Gedanke zu Grunde, daß der Freigewordene damit Alles, was ihm aus der Zeit der Gefangenschaft anklebt, gründlich abthue und ein

---

753a) F. Hofmann, über den Verlobungs- und den Trauring. Wien 1870. S. 22, 24.

754) Macrob. Sat. VII, 13: Veteres non ornatus, sed signandi causa anulum secum circumferebant, unde nec plus habere quam unum licebat nec cuique nisi libero, quos solos fides deceret. Plinius H. N. XXXIII, c. 6. Otto p. 204.

755) Otto p. 172. Über den Fall der wieder erlangten Freiheit oder der Rückkehr des Römers aus feindlicher Gefangenschaft, dessen Otto nicht gedenkt, s. Liv. XXX, 45. XXXIV, 52. Val. Max. V, 2. § 5, 6 u. a. Der Hut kam auch auf dem Kopf von zum Verkauf ausgebotenen Sklaven vor zum Zeichen, daß der Verkäufer für sie keine Garantie übernehme (servi pileati) Gell. VII, 4; soll er bedeuten, daß der Sklave die Bedeckung nöthig habe, weil man ihm nicht auf den Kopf sehen dürfe? Bei dem Verkauf der Sklaven kamen überhaupt manche Zeichen vor, so z. B. der Kranz auf dem Kopf der Kriegsgefangenen (sub corona venire). Woher der Kranz? Gell. VII, 4 deutet eine Erklärung an, die viel Wahrscheinliches hat, obschon er selbst sie verwirft, nämlich corona bezog sich ursprünglich auf die corona militum, ward aber später als Kranz verstanden — ein Seitenstück zu den vielen etymologischen Mythen des römischen Alterthums, Schwegler Röm. Geschichte Bd. I S. 70. Sklaven, die übers Meer nach Rom gebracht waren, wurden bei ihrer Ausstellung zum Verkauf an den Füßen mit Gyps bezeichnet, Brisson. VI. c. 10.

liberum caput erlange. Bänder drücken die friedliche Stimmung aus — offenbar als Zeichen des festlichen Schmuckes[756]) — das heilige Kraut (sagmina) in den Händen der Gesandten die Unantastbarkeit. Das Zerbrechen der tessera hospitalis kündigt die Gastfreundschaft auf.[756a]) Feuer und Wasser sind die Symbole der religiösen Gemeinschaft (B. 1. S. 288), das Brod das der häuslichen, daher die Anwendung derselben bei Eingehung der confarreirten Ehe. Das Haus des Mannes ist der natürliche Aufenthaltsort der Frau, und darum bedarf es bei Eingehung der Ehe der feierlichen Einführung der Neuvermählten in das Haus des Mannes (deductio in domum); durch Abwesenheit vom Hause während dreier Nächte unterbricht sie die Ersitzung der Manus. Die Übergabe der Schlüssel an sie bedeutet die Abtretung, die Rückforderung derselben die Entziehung ihres häuslichen Regiments, d. h. die Ehescheidung. Das Tragen einer leeren Schüssel (lanx) soll bei der Hausuchung nach gestohlenen Sachen das Suchen ausdrücken;[756b]) um den

---

756) Roßbach a. a. O. S. 288: „Die Pontifices, die Ambarvalbrüder, die Flamines schmücken sich damit, Opferthieren werden sie um den Kopf gehängt, Schutzsuchende tragen sie auf dem Haupt und an ihren Stäben, sie hängen an den Altären und Pforten der Tempel, auch die Thüren der Privathäuser werden bei feierlichen Gelegenheiten damit geschmückt."

756a) Th. Mommsen, Röm. Forschungen I, S. 343.

756b) Die Erklärungen der Schüssel bei den Alten sind wunderlich; s. Gaj. III 193: ideo, ut manibus occupantis nihil objiciatur, sive ideo, ut quod invenerit, ibi imponat; Festus sub lance (Müller p. 117) lancem ante oculos tenebat propter matrum familias aut virginum praesentiam. Puchta Instit. § 277 hält die Ansicht: „die Schale sei über den Kopf gehalten worden, damit die Hände nicht frei wären" für die wahrscheinlichste — als ob man mit Erfolg suchen könne, ohne irgend etwas mit der Hand von der Stelle zu bewegen! Andere (z. B. Böcking, römisches Privatrecht. 1862 S. 150 Note 15. Kuntze Excurse über röm. R. S. 502) haben darin eine „rituale Form mit der priesterlichen Binde und der Opferschüssel" gefunden — als ob es sich dabei um eine priesterliche Handlung und um ein Opfer gehandelt habe. Der nach griechischem Recht (Keller, Institutionen, S. 140) zu schwörende Eid, durch den man auf diese seltsame Idee gerathen ist, war nichts als ein juramentum calumniae, wie er auch bei der

Suchenden zu verhindern, die Sache heimlich mit einzubringen, darf er mit nichts bekleidet sein als einem Schurzfell (linteum). Stuhl und Bank verkünden das relative Rangverhältniß zwischen den patricisch-sitzenden Personen. Der Magistrat als Vorsitzender hat das Vorrecht des Stuhls, die plebejischen Tribunen und Aedilen, die Geschworenen und Senatoren müssen sich mit Bänken begnügen.[756c]) Das Abbrechen eines Zweiges gilt als Besitzesstörung zum Zweck der Unterbrechung der Usucapion,[757]) das Werfen eines Steines als Zeichen der Einsprache gegen Neubauten. Die Kriegsgefangenen werden zum Zeichen ihrer Dienstbarkeit unter das Joch durchgetrieben.[758]) Der Pflug ist das natürliche Symbol des seßhaften Lebens, und darum wird der Raum der neu zu gründenden Stadt mit dem Pflug abgemarkt, an den Stellen aber, wo die Thore stehen sollen, der Pflug gehoben, um damit anzudeuten, daß hier der Ausgang frei sei. Wird das Staatsgebiet erheblich erweitert, so zum Zeichen dessen auch das Pomörium, der freie Raum an der Stadtmauer.[758a]) Wer unabsichtlich einen Andern erschlagen, stellt zur Abwendung der Blutrache statt seiner einen Sündenbock (B. 1 S. 187). Mohn- und Knoblauchköpfe vertreten die ursprünglichen Menschenopfer, Binsenmänner, welche alljährlich in die Tiber gestürzt werden, sollen dem Fluß-

act. ad exhibendum geschworen werden mußte (L. 6 § 2 de edendo 2. 13). — Ich wüßte nicht, wie man die Absicht, etwas zu holen, symbolisch besser ausdrücken könnte, als dadurch, daß man einem Menschen eine leere Schüssel in die Hand gibt — man sehe sich einmal unsere Dienstmädchen an, die mit einer leeren Schüssel oder einem leeren Korbe das Haus verlassen, und frage sich, was sie wollen? Sie wollen etwas holen!

756c) Mommsen, Röm. Staatsrecht I S. 322, 323, wo S. 318 und fl. Genaueres über das Sesselrecht.

757) Cicero de orat. III, 28: ut ex jure civili surculo defringendo usurpare videatur.

758) Missio sub jugum. Ähnlich das sororium tigillum, unter das Horatius hindurch mußte. Liv. I, 26.

758a) Jedoch nur bei der Erstreckung der Herrschaft auf italienischen Grund und Boden, Seneca de brevitate vitae c. 14.

gott die menſchlichen Leiber erſetzen, die er als ſeinen Tribut fordert.[759]) Eine Maske (persona) deutet an, daß der Erbe die Perſon des Erblaſſers repräſentirt,[760]) denn die Maske enthält die Nachbildung der Perſon.

Eine ausgedehnte Verwendung hat aus nahe liegenden Gründen der menſchliche Körper gefunden.[761]) Der Kopf gilt als Träger der Rechtsfähigkeit und Perſönlichkeit, für die er auch den Namen (caput, capitis deminutio) hat hergeben müſſen. Was die ganze Perſon ergreift, wird daher ſymboliſch durch Berühren des Kopfes ausgedrückt, ſo z. B. bei der Inauguration des Königs und bei der Freilaſſung;[762]) bei dem Gange zur Hinrichtung wird der Kopf zurückgebogen.[762a]) Das Nicken mit dem Kopf gilt bei Auctionen als höheres Gebot.[762b]) Die Stirn iſt der Sitz der Schaam, die Braut verhüllt ſie, dem Calumnianten wird auf ſie das Brandmal eingebrannt.[763]) Das Beugen des Kniees drückt die Unterwerfung aus. Des Scheerens des Haares iſt bereits oben gedacht, die Vernachläſſigung desſelben iſt das Zeichen, daß Jemand in Anklagezuſtand verſetzt iſt. Das Ohr iſt der Sitz des Gedächtniſſes, man zupft es dem Zeugen, um ſein Erinnerungsvermögen anzuregen.[764])

Die hervorragendſte Stellung unter den Körpertheilen nimmt die Hand ein, ſie folgt unmittelbar auf das Organ, das bei jedem Rechtsgeſchäft in Thätigkeit treten muß, die Zunge, und

---

759) Eine andere Deutung gibt Macrob. Sat. I, 11 a. E.

760) Macrob. ibid. II, 7: heredis fletus sub persona risus est.

761) Die Symbolik des menſchlichen Körpers bildet den Hauptgegenſtand des Werkes von Otto; es findet ſich in dieſem Abſchnitt freilich manches Problematiſche.

762) Liv. I, 18 . . si est fas hunc Numam Pompilium, cujus ego caput teneo, regem Romae esse. Man wird an das altteſtamentliche Salben der Könige erinnert. Ebenſo beim pater patratus. Liv. I, 24.

762a) Suet. Vitell. 17 reducto coma capite, ceu noxii solent.

762b) Suet. Calig. 38 . . capitis motu nutantem.

763) Otto p. 132 sq.

764) Otto p. 141, 142.

steht mit ihr, wie oben bemerkt, in engster Verbindung. Ist es die Zunge, die den Entschluß verkündet, so ist es die Hand, welche ihn ausführt; sie ist recht eigentlich das Organ des Willens, und vom Standpunkt der natürlich-sinnlichen Auffassung ist „Handeln" und die „Hand rühren" gleichbedeutend. Es ist hier nicht meine Absicht, auf die unendlich reiche, allen Völkern gemeinsame Zeichensprache der Hand weiter einzugehen; gibt es doch kaum eine Gemüthsbewegung, welche die Hand nicht in ausdrucksvollster Weise kund zu geben versteht, kaum einen solennen Akt aus der Kindheitszeit der Völker, bei dem sie nicht eine Rolle spielt. Die dem Feinde dargebotene Hand gilt ihm als Zeichen der Versöhnung, Handschlag als Unterpfand der Treue bei Versprechungen,[765] das Schließen der beiden Hände muß die Wehrlosigkeit und Ergebung, die Vereinigung der Hände der beiden Gatten bei der Hochzeit[766] ihre Vereinigung ausdrücken; bei der Anrufung der Götter strecken sich die Hände gen Himmel,[767] bei der Devotio gegen die Brust oder das Kinn,[768] bei einer an die Menge gerichteten Aufforderung dient das Erheben der Hand oder des Fingers als Ausdruck der individuellen Bereitwilligkeit.[769]

---

765) Auch in Rom s. Danz der sacrale Schutz S. 140. Daher fidem und dextram dare gleichbedeutend. Seneca de benef. III 15 ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit. Die Zurückführung des Mandats auf diese Sitte bei Isidor Orig. V, 24, 20 (mandare) ist eines von den vielen etymologischen Märchen, an denen dies Kapitel von Isidor so reich ist (s. z. B. oben Note 747).

766) Roßbach a. a. O. S. 308. Ebenso bei Abschluß eines Friedens.

767) Brisson. de voc. ac form. I. c. 62. Beim Votum I. c. 179. Bei dem Opfer vorheriges Waschen der Hände als Zeichen der Reinheit, I. c. 5.

768) Je nach Umständen. Vergleiche Liv. VIII, 9 mit Macrob. Sat. III, 9.

769) So in Rom namentlich bei öffentlichen Licitationen von Seiten des Steigerers, der daher man-ceps hieß. Brisson. de voc. ac form. IV. c. 85. Aber auch bei anderen Gelegenheiten. S. z. B. Liv. III, 46 ... quum instaret .. ut sponsores daret ... manus tollere undique multitudo et se quisque paratum ad spondendum ostendere.

Die für das Privatrecht bei weitem wichtigste Function der Hand besteht in dem Greifen und Ergreifen, und rücksichtlich ihrer fließen der symbolische und praktisch-realistische Gesichtspunkt fast unterschiedslos in einander über. Das Ergreifen der Sache bei der Mancipation oder des Schuldners bei der Personalexecution verstattet ebensowohl die Deutung eines ernstlich gemeinten Aktes zum Zweck der physischen Bemächtigung der Person oder der Sache als die eines symbolischen Aktes zum Zweck der Kundgebung der behaupteten rechtlichen Herrschaft. Ja es bietet sich noch eine andere Deutung dar, nämlich die rein deiktische: der Gegenstand wird ergriffen, um dadurch aufs unzweideutigste darzuthun, daß er es ist, den man im Sinn hat, und für einzelne Fälle ist diese Annahme völlig unabweisbar, so z. B. für die Testamentserrichtung, wenn der Testator die Worte spricht: haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt u. s. w. und dabei das Testament in der Hand hält.[770])

Das Greifen als solenne Handlung begegnet uns auch außerhalb des Rechts, namentlich bei gewissen religiösen Akten. Bei Einweihung des Tempels muß der Magistrat oder der Pontifex Maximus,[771]) der den Akt vollzieht, indem er die solennen Dedicationsworte spricht, die Pfosten des Tempels ergreifen.[772]) Bei der Anrufung der Mutter Erde in der Devotionsformel wird die Erde erfaßt,[773]) bei dem Eide und dem das Opfer begleitenden

770) Gaj. II, 104.

771) Daß Beide die Pfosten gehalten, wie Marquardt in Becker Handb. der röm. Alterth. IV S. 226 annimmt, beruht auf Mißverständniß und wäre eine Monstrosität gewesen, es hätten denn Beide zugleich dediciren müssen, was wiederum nicht möglich. Der Pontifex sprach dem dedicirenden Magistrat die Formel vor, dadurch ward er aber nicht dedicirendes Subject.

772) Liv. II, 8. Cic. pro domo 46, 47. Val. Max. V, 10 § 1. Daher die Wendung dedicare, consecrare manu. Briss. de vocib. ac form. l. c. 193.

773) Bei Macrob. Sat. III, 9. Ebenso beim Votum an die Ops I, 10 und bei den religiösen Spielen. Cic. de harusp. resp. 11: si puer ille patrimus et matrimus terram non tenuit. Arnob. adv. gent. IV, 31.

Gebet der Altar.[774]) Warum? Der Altar ist nicht der Gegenstand, den der Eid oder das Gebet betrifft, die deiktische Deutung des Greifens ist hier also völlig ausgeschlossen. Ich meine, es ist dieselbe Idee, die dem Handauflegen bei Ertheilung des Segens zu Grunde liegt. Bei dem letzten Akt soll die Hand gewissermaßen den Leiter abgeben, durch den der Segen auf das Haupt des Empfängers hinüberströmt, der spirituelle Rapport, die rein geistige Einwirkung wird durch das Verhältniß der physischen Berührung nicht bloß *symbolisch angedeutet*, sondern für die sinnliche Auffassung dadurch überhaupt erst *ermöglicht*, ähnlich wie zur Fortpflanzung des elektrischen Stromes eine Berührung nöthig ist.[775])

Läßt sich nun der Gedanke der substantiellen Substruction spiritueller Einwirkungen und Beziehungen in diesen und anderen Fällen nachweisen, so werden wir schwerlich fehlgreifen, wenn wir ihm auch für das Recht eine gewisse Geltung vindiciren. Die abstracte Erfassung des Willens als einer rein spiritualistischen Potenz d. h. als einer Macht, die durch das bloße *Verkündigen* des Entschlusses ihre rechtlich gestaltende Kraft bethätigt, ist der natürlich sinnlichen Periode zu hoch, der Zug des Materialistischen, der allen ihren Begriffen und Anschauungen eigen ist (§ 43), verläugnet sich auch in ihrem Willensbegriff nicht. Darum soll die *innere* Beziehung, in die der Wille zu einem Gegen-

774) Über den Eid siehe die Belege bei Briss. a. a. O. VIII, c. 10 und Danz der sacrale Schutz S. 45, 113; über das Opfer bei Briss. I, c. 63 namentlich Macrob. Saturn. III, 2 ... quod litare *sola non possit oratio*, nisi is qui deos precatur etiam aram manibus apprehendat. Wer beim Zeus schwor, dem Träger des Donnerkeils, hatte als Andeutung daran einen Feuerstein in der Hand. Festus: Lapidem silicem tenebant juraturi per Iovem.

775) Deutet Macrobius mit den gesperrten Worten der vorigen Note nicht auf diese Idee hin, daß das bloße Wort zu wenig substantiell sei, um zu genügen? — Auf dieser Vorstellung beruhte wahrscheinlich auch die Sitte (die Stellen bei Briss. I. c. 49), die den Göttern gebrachten Geschenke an die Pfosten der Tempel aufzuhängen.

ſtand treten will, ſich in der äußeren, die rechtliche Ergreifung ſich in der phyſiſchen ſichtbar ausprägen; der Wille muß, ſo zu ſagen, ſubſtantiell in die Sache hinüberſtrömen, um ſie mit ſeiner Macht und Kraft zu erfaſſen. Das Organ aber, in dem dieſe Macht und Kraft zur Verwendung nach außen hin bereit liegt, iſt die Hand. Denn die Hand iſt der eigentliche Sitz der activen phyſiſchen Kraft. So wird alſo die Hand das Werkzeug, das Symbol und der techniſche Ausdruck (manus) für die rechtliche Herrſchaft.[776])

Sie wird das Werkzeug. Wo die rechtliche Herrſchaft begründet werden ſoll, muß die Hand das Object derſelben ergreifen. So zunächſt bei der Mancipation beweglicher Sachen.[776a]) Ob dasſelbe nicht auch in älteſter Zeit für unbewegliche Sachen galt — etwa in der Weiſe, daß wie bei der Vindication eine Scholle ſie repräſentirte[776b]) — darüber gebricht es uns an jedem äußeren

776) Die relativ niedere Natur der faktiſchen Herrſchaft des Beſitzes gegenüber der rechtlichen des Eigenthums drückt die Sprache dadurch aus, daß ſie jenes Verhältniß als bloßen Zuſtand des Seins auf und in der Sache (Sitzen: Beſitzen, sedere: possidere), dieſes dagegen als Gewaltverhältniß (manus, mancipium, mancipare) erfaßt, es liegt darin die geringere Anſpannung der Kraft und des Willensvermögens ausgedrückt.

776a) Gaj. I, 119, 121. An der erſten Stelle hat die Handſchrift »rem tenens«. Wenn Böcking u. Huſchke auf Grund der Autorität von Boethius ad Top. c. 5 (Orelli p. 322) und Varro de L. L. IX § 83 (eine Stelle, die auch auf das Nexum bezogen werden kann) das handſchriftliche »rem« (tenens) in aes verwandeln beziehungsweiſe dasſelbe auf »mancipio accipiebat« beziehen und ein aes einſchieben wollen, ſo ſcheint mir dies höchſt bedenklich. Daß der Empfänger die Sache ergreifen müſſe, ſagt Gajus in der zweiten Stelle ausdrücklich; mit welcher Hand ſollte er das »aes« ergreifen, mit der rechten oder mit der linken? Wozu auch das Ergreifen des aes, bevor es gegeben war? Das Ergreifen der Sache war in demſelben Moment nöthig, wo das hunc hominem meum esse ajo ausgeſprochen ward; ſo war es bei der vindicatio, und nach dem Geſetz der Correſpondenz der Form zwiſchen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts (§ 47b) werden wir dasſelbe auch für die mancipatio annehmen müſſen. Und endlich hat ſonſt überall nur derjenige die Sache zu ergreifen, der ſie erwerben will, niemals derjenige, der ſie gibt.

776b) So ſchon Bynkerhoeck (opusc. de reb. manc. c. 10) und

Anhaltspunkt.[776c]) Zu Gajus' Zeit setzte man sich bei ihnen sogar über das Erforderniß der Anwesenheit hinweg; die Art, wie er sich darüber ausdrückt,[777]) läßt deutlich erkennen, daß er darin eine Abweichung von dem ursprünglichen Wesen der Mancipation erblickt, die sich auf nichts anderes stütze, als daß es einmal so gehalten werde (solent mancipari). Daß auch bei der in jure cessio das Ergreifen der Sache nöthig war, ergibt sich nicht bloß aus dem Erforderniß desselben bei der Vindication, von der sie nur eine Nachbildung enthielt, sondern wird auch von Gajus (II, 24 . . rem tenens) ausdrücklich betont. So ferner bei dem capere der zum Vestadienst bestimmten Jungfrau von Seiten des Pontifex Maximus (B. 1 S. 113) und bei dem Fassen der Braut von Seiten des Bräutigams bei der Hochzeit.[778]) Dagegen ist das Volk, wenn es Eigenthum erwirbt oder gewährt, an dieses Requisit nicht gebunden (B. 4. Abth. 2), denn der Wille des Volks besitzt, auch ohne daß er sich reell bethätigt, die nöthige Macht und Kraft, das beabsichtigte Verhältniß ins Leben zu rufen. Daher geht durch Addiction, Assignation und auch, weil es sich ursprünglich auf eine lex des Volks stützte, durch das Testament (Erbschaft und Legat) das Eigenthum ohne äußere Bemächtigung der Sache über. Daß es bei Obligationen der Thätigkeit der Hand nicht bedarf, hat darin seinen Grund, daß es sich bei ihnen weder um eine Herrschaft an einer Person, noch um eine an einer Sache handelt; das substantielle Element des Willens

---

neuerdings van Assen Annot. ad Inst. Gaj. I, 121 — zwei Citate, die ich auf Dirksen's Auctorität hin (Sell, Jahrbücher II S. 72) nachschreibe.

776c) An Parallelen aus anderen Rechten fehlt es bekanntlich nicht; für das ältere deutsche Recht ist dies bekannt, für das englische Recht s. Gundermann, engl. Privatrecht I S. 206.

777) Gaj. I, 121 . . . item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt, adeo quidem ut eum qui mancipio accipit, apprehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit, unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur, praedia vero absentia solent mancipari.

778) Roßbach a. a. O. S. 328.

liegt hier in etwas anderem (B. 4. Abth. 2). Kommt es jedoch zur Perſonalexecution, durch welche ſich der Anſpruch gegen oder an die Perſon in ein Recht an der Perſon verwandelt, ſo iſt conſequenterweiſe wiederum die Hand erforderlich (manus injectio), der Widerſtand des Schuldners erfolgt durch Abwehren der Hand (manum depellere).[779] Wiederum erſcheint die Hand in dem manum conserere des Vindicationsprozeſſes. Der Vindicant und nach ihm in derſelben Weiſe der Contravindicant ergreift mit der einen Hand die Sache, mit der andern die Vindicta und berührt mit ihr die Sache, indem er dabei die ſolennen Worte ſpricht.[780] Bei beweglichen Sachen geſchieht dies an der Gerichtsſtätte, bei unbeweglichen verfügten ſich urſprünglich die Parteien mit dem Gerichtsperſonal (Prätor und Lictoren) und Zeugen (superstites) an Ort und Stelle, der Akt ward mithin vor Gericht (in jure im Sinne der XII Tafeln)[781] vorgenommen. Späterhin gingen die Parteien ohne den Prätor hinaus, der Akt ward jetzt ein außergerichtlicher, wie dies die Aufforderungsformel: ex jure (vom Gericht weg) manum consertum vocare[782] kundgibt, ja ſchließlich erſparten ſie ſich dieſen das Verfahren unterbrechenden Gang dadurch, daß ſie von vornherein die das Grundſtück repräſentirende Scholle (S. 513) mitbrachten, zu der ſie dann als zum Grundſtück ſelbſt (wenn auch mit zwei Schritten) ſich hinausverfügten d. h. der Akt blieb juriſtiſch ein außergerichtlicher.[783] Dieſe effective Aufgabe

779) Gaj. IV, 21.

780) Gaj. IV, 16.

781) So ſtellt Gell. XX, 10 wenigſtens die Sache dar.

782) Cic. pro Mur. c. 12. Ich komme auf die Formel ſpäter zurück.

783) Keller, Der röm. Civilprozeß § 14 conſtruirt den Vorgang etwas anders, indem er den Bericht von Cicero und Gajus in einer Weiſe combinirt, die ihm ſelbſt nicht ganz unbedenklich erſcheint. Ex jure vocare kann aber nur den Sinn haben: zu einem Akt aufzufordern, der nicht in jure vorgenommen werden ſoll, dieſer Akt aber wird bezeichnet nicht als Holen der Scholle — die muß bereits da ſein — ſondern als »manum conserere«. Dasſelbe geſchieht alſo extra jus, möge es an dem Grundſtück ſelbſt oder

des Requisits der Präsenz bei der Vindication unbeweglicher Sachen schloß mit Nothwendigkeit auch die Aufgabe desselben für die Eigenthumsübertragung derselben in sich. Denn was für die Vindication, war eben damit auch für die Abtretung vor Gericht zugelassen. Das Holen der Scholle konnte für beide Verhältnisse keine Schwierigkeiten machen. Wenn die Parteien einig waren, die Scholle, anstatt von dem vielleicht einige Tagereisen weit entfernten Grundstück, vom ersten besten zu nehmen, wer hatte ein Interesse oder ein Recht, es ihnen zu wehren, oder sollte etwa der Prätor den Beweis auferlegen, daß die Scholle wirklich von jenem Grundstück stamme? Kurz in Wirklichkeit war sowohl für die Vindication als die Abtretung vor Gericht die Nothwendigkeit sich auf das Grundstück zu begeben erlassen. Damit hatte der letztere Akt aber einen bedeutenden Vorsprung vor der Mancipation erlangt, und sollte diese bei unbeweglichen Sachen nicht aus dem praktischen Gebrauch verschwinden, so mußte man sich bei ihr zu derselben Concession verstehen. Der Übergang wird hier wahrscheinlich in derselben Weise wie dort durch Repräsentation des Grundstücks vermittelt worden sein, bis man dann schließlich letztere in allen Anwendungen aufgab. (Note 776b, 776c.)

Das manum conserere bei der Vindication läßt sich unter einen doppelten Gesichtspunkt bringen. Einmal nämlich unter

an der dasselbe repräsentirenden Scholle vorgenommen werden, und eben diese Abweichung von dem in jure manum conserere der XII Tafeln (Gell.: contra XII tabulas) wird durch jenes ex jure ... vocare in solenner Weise kundgegeben. Nach der Keller'schen Auffassung würden die Parteien das manum conserere im Widerspruch mit dieser Formel in jure vornehmen und (vermöge der Scholle) ein Grundstück vor Gericht bringen, extra jus hingegen das nicht thun, zu dem sie sich durch die obige Formel auffordern: das manum conserere, und wiederum zu dem, was sie thun: zu dem Holen der Scholle, sich nicht auffordern. Mit der Rückkehr vor Gericht ist meiner Ansicht nach der Akt des manum conserere beendet, nach Keller (und ebenso Puchta Institt. II § 162 Note o im Text) beginnt er erst jetzt. — S. jetzt hierüber Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses, Bonn 1865 S. 2 fl.

den, daß die Hand, wie sie Recht schafft, so auch dem Inhaber desselben dazu dienen soll, sich Recht zu ver-schaffen, und für diese Deutung spricht theils die Bezeichnung des Akts als vindicatio (vim dicere B. 1 S. 163), theils die manus injectio bei der Personalexecution. Sodann aber kann die Hand in jener Anwendung auch eine bloße symbolische Darstellung des in Anspruch genommenen Rechts sein, die Kundgebung, daß es sich hier um eine in der Herrschaft (manus) der Partei befindliche Sache handle. Das manum conserere würde hiernach nichts anderes sein als ein beiderseitiges manum (dominium, potestatem sibi) asserere, eine plastische Behauptung des Eigenthums, und vermittelst dieser Auffassung würden wir in diesem Akt einen Ausfluß des unten zu erörternden Gesetzes der Correspondenz der Form (§ 47b) erhalten: eine Repetition der Hand bei der Begründung und Geltendmachung des Rechts.

Man möchte noch einen Anwendungsfall der Hand vermissen. Bedarf es nicht eines Entlassens aus der Hand von Seiten dessen, der das Eigenthum überträgt oder aufgibt? Hier greift die bereits früher (B. 1 S. 110) erörterte Auffassung des alten Rechts in Bezug auf den Charakter der Eigenthumsübertragung ein. Der Nachdruck ruht bei letzterer auf dem Nehmen, nicht auf dem Geben, eine active Thätigkeit wird nur von Seiten des Erwerbers verlangt, für den Geber genügt ein passives Verhalten: das Dulden des Nehmens. Nur in einem Fall bedarf es, eben weil kein Nehmer auf der andern Seite gegenüber steht, als Zeichen der Aufgabe des Rechts eines Loslassens aus der Hand (e manu mittere), nämlich bei der manumissio. Indem der Herr des Sklaven die solenne Formel spricht, muß er die Hand an ihm halten zum Zeichen, daß er noch ihm gehört; nachdem er sie gesprochen, läßt er die Hand los zum Zeichen, daß er jetzt seine Macht aufgegeben habe.[784])

784) Fest.: Manumitti ... caput aut aliud membrum tenens dicebat ... et emittebat. Wie bei der Vindication (und ursprünglich sicher auch der Abtretung vor Gericht), kehrt auch hier die Auflegung der Vin-

Dieſer letzte Akt liefert uns zugleich einen Beleg für die obige Behauptung, daß die Hand nicht bloß ein Mittel zur Begründung der rechtlichen Herrſchaft, ſondern auch ein Symbol für ſie hergegeben hat; in welchem Maße dies auch rückſichtlich des Namens (manus) der Fall war, iſt bereits an anderer Stelle (II 163) bemerkt worden.

### Das Wort — die Formel und das Formular. — Die ſolennen Ausdrücke und Formeln — Unabänderlichkeit derſelben — Nothwendigkeit des Sprechens.

XLVII[a]. Von ungleich höherem Intereſſe als das erſte, im bisherigen betrachtete Element der formellen Geſchäfte: die Handlungen und Zeichen, iſt das zweite: das Wort. Wir können das hiſtoriſche Verhältniß beider im allgemeinen dahin angeben, daß jenes ſeinen Urſprung und ſeine Geſtaltung mehr dem Leben und der Sitte, dieſes dagegen ſeine Ausbildung mehr der Jurisprudenz verdankte. Darin liegt eine doppelte Differenz beider. Zuerſt die ihrer juriſtiſch-künſtleriſchen Geſtaltung und Durchbildung — das Formelweſen iſt der Culminationspunkt der juriſtiſchen Kunſt, jedes Wort verräth die Hand des Juriſten. Und ſodann die Differenz ihrer juriſtiſchen Geltung. Viele der oben mitgetheilten Handlungen und Gebräuche waren rechtlich keineswegs nothwendig, vielmehr ein bloß decorativer Zuſatz, den der Verkehr aus freiem Antriebe den Rechtsgeſchäften hinzufügte. Die Worte und Formeln hingegen, die wir im Folgenden kennen

dicta wieder. Über die ſymboliſche Bedeutung des Schlages, den der Sklave erhält (Unterholzner in der Zeitſch. für geſchichtl. Rechtsw. B. 2 Abh. V Anm. 20, 25, 29), kann man verſchiedener Anſicht ſein. Das Herumdrehen des Freizulaſſenden — ein Akt, der auch bei der Emancipation vorkam, ſ. z. B. L. 6 pr. Cod. de emanc. lib. (8. 49): circumductiones — iſt bereits früher (S. 507) von mir zu erklären verſucht. Übrigens wiederholte ſich derſelbe Akt auch in einer Anwendung, in der eine andere Deutung nothwendig wird, nämlich bei der Anbetung der Gottheit, ſiehe die Stelle bei Brissonius l. c. 58.

lernen werden, waren absolut obligater Natur; der Nichtgebrauch derselben machte das ganze Geschäft nichtig.

Eben dadurch unterschied sich die Formel zugleich vom Formular. Die Benutzung jener beruhte auf rechtlicher Nothwendigkeit, die dieser auf freier Wahl, jene war die ausschließliche Form, in der ein bestimmtes Geschäft bei Strafe der Nichtigkeit abgeschlossen werden mußte, diese bot lediglich eine Anleitung zur geschickten und umsichtigen Abschließung desselben, einen Entwurf, dessen Werth theils durch die genaue Berücksichtigung aller bei demselben zu beachtenden materiellen Punkte und Umstände, theils durch die vorsichtig und als angemessen erprobte formelle Redaction desselben bedingt war. Das Formular gewährt uns daher ein treues Bild des Geschäfts selbst nach seinem ganzen Umfang und Inhalt, während die Formel vielfach nur ein abstractes Willensschema darstellt, das seinen concreten Inhalt erst von den Parteien erwartete.

Der Gebrauch der Formulare für Rechtsgeschäfte empfiehlt sich in dem Maße durch Rücksichten der Bequemlichkeit und Zweckmäßigkeit, daß wir ihn wenn auch in sehr verschiedenem Grade zu allen Zeiten und in allen Rechten wiederfinden. Überhebt das Formular einerseits die Contrahenten der Mühe der eigenen Abfassung, und bietet es ihnen dafür eine Fassung, die, in der Regel von kundiger Hand entworfen, im Leben bereits ihre Probe bestanden hat, so sichert es ihnen andererseits den Vortheil, sie auf alle bei dem Geschäft in Obacht zu nehmenden Punkte aufmerksam zu machen, es leistet ihnen in der That den Dienst, dem manche Sammlungen derselben ihren Namen entlehnt haben, den „eines getreuen und fürsichtigen Rathgebers".

Zu diesen für alle Zeiten Anwendung findenden Gründen gesellen sich nun für gewisse Culturstufen der Völker und Rechte noch andere hinzu, die dieser Einrichtung für sie eine erhöhte Brauchbarkeit und Geltung verschaffen. In einer Zeit, wo die Schreibkunde und die Herrschaft über die Sprache keine allgemeine Verbreitung erlangt hat, wird Jeder, der derselben ermangelt, bei

allen einigermaßen wichtigen und complicirten Geſchäften nahezu gezwungen ſich eines Formulars zu bedienen. Damit trifft ein anderer Umſtand zuſammen. Jene Stufen der Rechtsentwicklung, die wir hier im Auge haben, ſind zugleich die, auf denen das Recht und namentlich das ſ. g. dispoſitive (beſſer vielleicht: das ſuppletoriſche, ſubſidiäre) Recht am wenigſten entwickelt iſt. Unſer heutiges Recht ergänzt in vielfacher Weiſe den ausgeſprochenen Willen der Parteien, insbeſondere bei Verträgen. Eine Menge von Punkten haben ſie gar nicht nöthig ausdrücklich auszumachen, das Geſetz ſupplirt ſie als präſumtiven Willen der Partei (ſ. g. naturalia negotii), ſo z. B. beim Kauf den Anſpruch des Verkäufers auf Zinſen des Kaufpreiſes nach ſeinerſeits beſchaffter Lieferung der Sache, ſo im ſpäteren römiſchen Recht beim pignus das Recht des Pfandverkaufs, das früher durch ein ausdrückliches pactum de vendendo hatte ausbedungen werden müſſen, ja in einigen Fällen das Pfandrecht ſelbſt (pignus tacitum). Bei einer ſolchen Geſtalt des Rechts können ſich die Parteien, meiſtens ohne ſonderlich Gefahr zu laufen, auf die Hauptpunkte des Geſchäfts beſchränken; das Geſetz, die Jurisprudenz thut das Übrige. Anders aber auf der von uns ſupponirten Entwicklungsſtufe des Rechts. Hier fehlt es noch an jener Ergänzung des Willens; was gelten ſoll, muß von den Parteien ſelbſt geſetzt ſein, die »lex contractus« muß um ſo vollſtändiger ſein, je ſparſamer, lückenhafter die lex publica de contractibus iſt (S. 300). Eine Menge von Beſtimmungen, die in ſpäterer Zeit geſetzliche geworden ſind, mußten früher ausdrücklich im Vertrage feſtgeſetzt werden.[785])

Für das alte Rom ſpeciell kam ſchließlich noch ein fernerer Grund hinzu. Er lag in der formaliſtiſchen Strenge des älteren

785) Im dritten Syſtem werde ich dieſen Übergang conventioneller Beſtimmungen in geſetzliche an verſchiedenen Beiſpielen erläutern; es iſt eine der beachtenswertheſten Erſcheinungen in der Bildungsgeſchichte des ſpäteren Rechts — manchen Rechtsſatz kann man nur dann wirklich verſtehen, wenn man ihn in ſeiner vorgeſetzlichen d. h. rein vertragsmäßigen Form kennt.

Rechts und Prozesses. Was half es, wenn ein Vertrag oder ein Testament in materieller Beziehung auch noch so vollständig abgefaßt, dabei aber ein Ausdruck gebraucht war, an dem die stricte Wortinterpretation der ältern Zeit Anstoß nahm? Die Erfichtlichkeit, Zweifellosigkeit des wirklichen Willens glich den Mißgriff in den Worten nicht aus. Hier also kam es vor allem darauf an, sich auch rücksichtlich des Ausdrucks sicher zu stellen, und welche größere Sicherheit könnte es geben, als die Benutzung einer Fassung, die bereits in andern Fällen mit Erfolg zur Anwendung gekommen war, die das gefährliche Fahrwasser des ältern Prozesses bisher glücklich durchschifft, die exegetische Feuer- und Wasserprobe wortklaubender Juristen unversehrt bestanden hatte?

Kein Wunder also, daß jene Einrichtung im ältern Rom eine Verbreitung und Geltung fand, für die uns die Gegenwart jeden Vergleich versagt. Zeugniß dafür legt ab zunächst die hohe Schätzung, ja die literar-historische Celebrität, deren sich die Concipienten und Sammler der Formulare erfreuten.[785a]) Ein neues, geschickt abgefaßtes Formular brachte seinem Urheber mehr Ehre, Anerkennung, Ruhm beim Volke als heutigen Tages die beste juristische Leistung je erwarten darf, und im Namen des Formulars dauerte mitunter noch lange das Gedächtniß des Erfinders fort.[786]) Selbst die bloßen Sammler gangbarer Formulare

---

785a) So auch in England. Gundermann a. a. O. S. 211 „die Fertigung und Auslegung der gesiegelten oder förmlichen Urkunden, von welchen bloße Handschriften wohl zu scheiden sind, bildet schon frühzeitig eine eigene Wissenschaft mit einer selbständigen Literatur."

786) Welcher Jurist kennt nicht die stipulatio Aquiliana von Aquilius Gallus (zur Zeit Cicero's)? Von seinen Schriften ist uns nichts erhalten, aber jene stipulatio, sowie die postumi Aquiliani und die formulae (actio) doli mali haben seinen Namen auf die Nachwelt gebracht. Ein anderes Beispiel gewährt die cautio Muciana seines Lehrers O. Mucius Scävola. Die Sache erinnert an eine ähnliche Erscheinung auf dem Gebiete der Medicin. — Tropfen, Pillen u. s. w. verschaffen dem Namen ihrer Erfinder oft eine weitere Celebrität, als die größten medicinischen Entdeckungen sie zu gewähren vermögen.

machten ſich damit einen Namen, wie z. B. Mamilius durch die nach ihm benannten,[787] und zum vollſtändigen Hausinventar eines ſoliden römiſchen Hausvaters gehörte ſicherlich, wie heutzutage bei Bürger und Bauer eine Sammlung von Hausmitteln aller Art oder ein Briefſteller, ſo damals eine Sammlung ſolcher juriſtiſcher Recepte. Schriftſteller, die Dinge des praktiſchen Lebens behandelten, wie z. B. den Landbau, vergaßen nicht, auch die dahin einſchlagenden juriſtiſchen Recepte mitzutheilen, und in den uns erhaltenen Schriften von Cato und Varro figuriren friedlich neben einander Anweiſungen zur Bereitung des Miſtes und Moſtes, zur Heilung der Krätze des Viehs und Zauberſprüche gegen Podagra mit wohl clauſulirten Anleitungen und Formularen zum vorſichtigen Ankauf des Viehs, zum Verdingen der ländlichen Arbeiten, zum Verkauf der Früchte und zu andern Geſchäften.[788]

Wir ſind leicht geneigt, wie den Werth und das Verdienſt, ſo auch die Schwierigkeiten der Anfertigung ſolcher Formulare zu unterſchätzen. Ein neues Formular bedeutete für den Verkehr eine neue Bahn, die er einſchlagen konnte, und die er bis dahin vielleicht ſchon lange vergebens geſucht hatte; es war eine in praktiſcher Beziehung ungleich wichtigere Leiſtung, als wir von unſerm Standpunkt aus uns denken, und der Vergleich mit der Erfindung eines probaten mediciniſchen Hausmittels, das viele mediciniſche Bücher aufwiegen kann, trifft auch in dieſer Beziehung zu. Die Schwierigkeiten lagen nicht bloß darin, worin wir heutzutage ſie allein ſuchen würden: in der genaueſten Beachtung aller irgendwie in Betracht kommenden Punkte, in der Berechnung und Berückſichtigung aller Eventualitäten und der ſorgfältigſten Wahl des

787) Varro de re rust. II, 5, 7.

788) S. z. B. Cato de re rustica 144: oleam legendam hoc modo locare oportet, 145 .. faciendam hac lege und die folgenden Kapitel. Varro de re rustica II, c. 2: emtor stipulatur prisca formula sic; und die folgenden Kapitel 3—5: eos cum emimus domitos, stipulamur sic .. cum indomitos, sic.

Ausdrucks. Es gesellten sich noch zwei andere durch die Eigenthümlichkeit des ältern Rechts bewirkte hinzu. Einmal nämlich die Anforderung einer kunstgerechten Redaction im Sinne der ältern Jurisprudenz (s. u.) und sodann eine andere, die ich hier nur andeuten kann und erst bei einer andern Gelegenheit (B. 4 §§ 56, 58) genauer besprechen werde. Nicht selten nämlich kam es darauf an, erst durch eine geschickte Manipulation, durch Umwege u. s. w. die juristische Möglichkeit des Geschäfts zu vermitteln, den Gesichtspunkt aufzufinden, der demselben freien Eingang ins Recht gewährte. Kurz es galt eine eigenthümliche Aufgabe der juristischen Construction, die einerseits nicht bloß die vollständige Beherrschung des Rechts, sondern andererseits ein gewisses Geschick und Erfindungsvermögen voraussetzte.

---

Das Material, das uns für die im Folgenden zu versuchende Bearbeitung des Formelwesens zu Gebote steht, leidet an einer doppelten Unvollkommenheit. Zunächst sind uns nämlich von einer nicht unbeträchtlichen Zahl von Rechtsgeschäften die betreffenden Formeln theils gar nicht, theils lückenhaft erhalten, [789] und von dem großen Vorrath der Formeln des Legisactionen-Prozesses (s. u.) besitzen wir kaum mehr als die eine und andere. Sodann und vor allem aber stützt sich das meiste, was wir wirklich haben, wenigstens die Formeln und Notizen, welche das Privatrecht betreffen, auf die Referate der spätern klassischen Juristen, und diese theilen uns regelmäßig nur das zu ihrer Zeit Geltende mit. Die Annahme, daß dies stets auch das Ursprüngliche gewesen, ist aber aus dem Grunde höchst mißlich, weil die Bande

---

789) So fehlen uns z. B. gänzlich: die Formeln der confarreatio, diffarreatio, coemptio, des nexum: bei den von Gajus III, 174 und II, 104 mitgetheilten Formeln der nexi solutio und familiae mancipatio sind gerade die entscheidenden Worte ausgefallen, und welchen Werth die modernen Restitutionsversuche haben, werden wir unten Gelegenheit finden zu zeigen.

des Formalismus ſich nachweisbarermaßen zu ihrer Zeit ſchon vielfach gelockert hatten. Der Geiſt der alten Jurisprudenz, jene Peinlichkeit und Strenge in den Worten, der Sinn und das Verſtändniß für das Formelweſen war bereits im Scheiden. Ein alter Juriſt hätte ſich nie auch nur die geringſte Abweichung in der Mittheilung einer Formel erlaubt; an derartigen Beiſpielen aus der ſpätern Zeit fehlt es keineswegs.[790] Neben der alten Formel wurden zur Auswahl andere neuere zugelaſſen — ebenfalls ein entſchiedener Abfall vom Geiſt der älteren Zeit, denn die duldete, ſo weit ich habe bemerken können, für jedes Geſchäft nur eine Formel. Für einzelne Fälle gewähren die Quellen noch die Möglichkeit, dieſen Abſtand zwiſchen der alten und neuern Zeit, ja ſogar den zwiſchen der nur durch ein halbes Jahrhundert getrennten Zeit des Gajus und des Ulpian ſtreng nachzuweiſen. So erklärt jener eine Ungenauigkeit in der Faſſung der Stipulation für ſchädlich, die dieſer als einflußlos bezeichnet.[791] So kennt Ulpian drei Formeln der Erbeseinſetzung, die uralte: heres esto, und zwei andere, von denen Gajus nur eine für zuläſſig erklärt, und dies in einer Weiſe, aus der man deutlich erſieht, daß man ſich erſt zu ſeiner Zeit darüber geeinigt hatte.[792] Ein ähnliches Verhältniß waltet zwiſchen den von ihnen angegebenen Formeln der Vermächtniſſe ob.[793] Was hier zufälligerweiſe nachweisbar iſt — und es iſt dies erſt ſeit Auffindung des Gajus — wird ſich auch in andern Fällen wiederholt haben, von denen uns keine

790) Man vergleiche z. B. die Mancipationsformel bei Gaj. I, 119: isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra mit der bei Paulus Vat. fr. § 50 emtus mihi est pretio und die Vertauſchung der Conjunction cum und quod bei Ulp. XXII, 28 und Gaj. II, 166.

791) Vergleiche Gaj. III, 102 mit L. 1 § 4 de V. O. (45. 1).

792) Ulp. XXI. Gaj. II, 117 .. sed et illa (heredem esse jubeo) comprobata videtur.

793) Gaj. II, 201. Ulp. XXIV, 4. ſ. Note 827b. Die Formel: dare jubeo kennt Gajus noch nicht, während er die Formel »dato« neben der urſprünglichen »damnas esto dare« für zuläſſig erklärt. Bei der Freilaſſung (II, 267) war, wie ſich jetzt durch Studemund's Vergleichung ergeben hat, die Formel: liberum esse jubeo bereits zu ſeiner Zeit approbirt.

Kunde aufbewahrt iſt. Solche Beobachtungen mahnen aber zur Vorſicht und Kritik in der Benutzung des Materials.

Auf welche Unterlage kann dieſe Kritik ſich ſtützen? Das Formelweſen beſchränkte ſich, wie ich früher bemerkt habe, keineswegs auf den Prozeß und das Privatrecht, ſondern erſtreckte ſich auch auf das öffentliche und geiſtliche Recht und die Religion, und zwar entſtammte es in allen dieſen Anwendungen einer und derſelben Hand: der der Pontifices (§ 42). Dies iſt ein höchſt wichtiger Umſtand. Denn er erſchließt uns für unſer Unternehmen eine reichhaltige Quelle des Materials, er verſtattet uns nämlich, die Lücken des einen Theiles aus dem andern einigermaßen zu ergänzen. Beſonders werthvoll wird er aber dadurch, daß gerade jene Anwendungsgebiete des Formalismus, die uns zunächſt nicht intereſſiren, Formeln aufzuweiſen haben, welche unläugbar in das früheſte Alterthum hinaufreichen, wie z. B. die von Livius mitgetheilten des jus fetiale (ſ. u.). Legen wir dieſe und andere unſerer Unterſuchung zu Grunde, ſo wird es gelingen, uns des weſentlichen Kerns des alten Formelweſens zu bemächtigen. Was von den Formeln oder den auf ſie bezüglichen Erſcheinungen der ſpätern Zeit mit dem ſo Gefundenen im entſchiedenen Widerſpruch ſteht, von dem werden wir mit aller Zuverſicht behaupten dürfen, daß es, weil den Charakter der alten Zeit verläugnend, neuern Urſprungs ſein muß.

---

Der formelle Charakter unſeres zweiten Elements der Rechtsgeſchäfte beruhte auf zweierlei: (1) es waren beſtimmte Worte, und dieſelben mußten (2) geſprochen werden. Unterziehen wir dieſe beiden Momente einer nähern Betrachtung.

### 1. Moment der Beſtimmtheit.[794])

Es waren beſtimmte, d. h. ein für alle Mal vorgeſchriebene Worte oder Sätze, deren ſich die Parteien für die verſchiedenen

---

794) Verba certa, solennia (d. i. sollo = toto anno = alljährlich

Rechtshandlungen, sowohl des Prozesses als des Verkehrs zu bedienen hatten. Diese Bestimmtheit aber war graduell verschieden. Bei der einen Handlung war die Partei mehr, bei der andern weniger eingeengt, bald war es eine längere Formel, eine ganze Litanei, die sie nachzubeten hatte, bald nur ein einzelnes Schlagwort, ein das Geschäft bezeichnender Kunstausdruck, den sie gebrauchen mußte — gewissermaßen eine bloße, dem Geschäft anzuheftende Etikette. Begreiflicherweise mußte überall dem concreten Inhalte des Geschäfts Raum gelassen werden sich zu entfalten, jedes einzelne Geschäft bestand daher nothwendigerweise aus der Verbindung eines abstracten oder festen mit einem individuellen oder concreten Bestandtheil. Aber in sehr verschiedener Weise. Es liegt z. B. auf der Hand, daß der Prozeß sich nicht ausschließlich in fest bestimmten Formeln bewegen konnte, der Verhandlung der Parteien mußte vielmehr ein angemessener Spielraum gelassen werden, und nur für die entscheidenden Momente desselben konnte man zur bestimmteren Hervorhebung und dauernden Fixirung derselben die Benutzung einer Formel verlangen.[795]) Eine Fixirung

wiederkehrende), legitima (streng genommen die einer lex entnommenen, allein der Sprachgebrauch ist ein weiterer). Ulp. IX, 1. XIX, 3. Gaj. I, 112. IV, 29. Gell. XI, 1, 4. Briss. I. c. 181. Bei Nichtjuristen andere Ausdrücke z. B. carmen, solenne carmen, certa nuncupatio verborum und auch formula in Anwendung auf Rechtsgeschäfte (bei Juristen vorherrschend von der Formula des Formularprozesses gebraucht, bei Gaj. IV, 24 forma für eine legis actio, s. auch L. 2 § 7, 12 de orig. jur. 1. 2). Der Ausdruck: concepta verba (z. B. beim Eid: Briss. VIII, 10, und Formularprozeß) weist auf die Abfassung im einzelnen Fall hin, allein wie die conceptae feriae (im Gegensatz der stativae, die ipso jure an bestimmte Tage geknüpft waren) dem Herkommen nach zum Theil immer auf gewisse Tage gelegt wurden, also stehend waren (Macrob. Sat. I, 16), ungeachtet sie ihrem Begriff nach lediglich auf der freien Bestimmung des Magistrats beruhten, so auch die concepta verba.

795) In der Vindicationsformel bei Gajus IV, 16 wird auf einen solchen vorausgegangenen freien Vortrag der Partei Bezug genommen: ... secundum suam causam, sicut dixi. Diese Bedeutung des »sicut dixi« wird freilich von Manchen bestritten, s. z. B. Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 14 fl. Wenn Keller, der

und Concentrirung des eigentlichen Streitpunktes in Form einer Theſis iſt wie für eine Disputation ſo auch für den Prozeß von größtem Nutzen. Ohne die der Verhandlung nöthige Freiheit zu beeinträchtigen, verhindert ſie, daß der Streit ſich ins Unbeſtimmte verliere, und daß ſchließlich gar der eigentliche Streitpunkt zweifelhaft werde. Unſer heutiger Prozeß macht den Mangel dieſer Einrichtung vielfach ſehr fühlbar.

Im Unterſchiede vom Prozeß war dagegen das Teſtament ſowohl rückſichtlich ſeiner Errichtung als ſeiner einzelnen Dispoſitionen an feſte Formeln gebunden, es gab in ihm kein Fleckchen, auf dem man ſich frei hätte bewegen können. Die Einſetzung des Erben, die Enterbung, die Vermächtniſſe, die Ernennung des Vormundes, die Verleihung der Freiheit an Sklaven, die Anſprache an die Zeugen, die Antwort des familiae emtor — alles hatte ſeine beſtimmte Form und zum Theil auch ſeine beſtimmte Ordnung (ſ. u.). Bei der Stipulation beſchränkte ſich der feſte Theil des Geſchäfts auf das bloße Wörtchen: spondes? — ein Blankett, das man mit beliebigem Inhalt und in beliebiger Ordnung ausfüllen mochte.

Innerhalb der Formeln gibt es eine graduelle Differenz ihrer Beſtimmtheit, deren die Römer ſelber gedenken: gewiſſe Formeln (und als Beiſpiel werden uns namentlich die Legisactionen genannt) vertragen durchaus keine Änderung, weder einen Zuſatz, noch eine Auslaſſung, andere laſſen dieſelbe zu, natürlich nur in-

---

ſömiſche Civilprozeß § 18 es für möglich hält, daß ſchon im Legisactionenprozeß bei der legis act. per condictionem „die verba solennia ganz hinweggefallen ſeien oder doch auf weniges reducirt wurden", ſo wird gegen die letztere Möglichkeit Niemand etwas einzuwenden haben, die erſtere aber ſteht mit allem, was wir vom alten Recht und Prozeß wiſſen, in ſo ſchneidendem Widerſpruch, daß ich kaum begreife, wie ein Mann wie Keller ſich zu einer ſolchen Behauptung hat verſtehen können — es iſt wieder einmal ein ſchlagender Beleg für die Erſcheinung, welche die Anhänger der ſogenannten hiſtoriſchen Schule mir ſo oft Gelegenheit gegeben haben zu conſtatiren, daß man alle Kleinigkeiten und Einzelheiten in der Hand haben und doch in Bezug auf allgemeine Fragen ſo urtheilslos ſein kann, wie ein gänzlich Unkundiger.

ſofern ſie ſich ihrem Zweck oder Inhalt nach mit dem Zweck des Geſchäfts vertragen.[796]) Wir können, wie ich glaube, noch weitere Grade dieſer Beſtimmtheit unterſcheiden. Freilich ſind die Gränzlinien zum Theil minder feſt und ſcharf, allein da der einzige Zweck darin beſteht, uns das Vorhandenſein einer gewiſſen Abſtufung innerhalb der Formeln zur Anſchauung zu bringen, und ein juriſtiſches Intereſſe ſich an dieſe Unterſcheidung überhaupt nicht knüpft, ſo kommt es auf eine präciſe Durchführbarkeit derſelben nicht an.

Ich unterſcheide:

1. Schlagworte. Regelmäßig treffen ſie mit dem Namen des Geſchäfts ſelbſt zuſammen,[796a]) ſo z. B.:

| Name des Geſchäfts: | Schlagwort: |
|---|---|
| Sponsio | spondeo |
| Fidepromissio | fidepromitto |
| Fidejussio | fidejubeo |
| Acceptilatio | acceptum habeo |
| Heredis institutio | heres esto |
| Exheredatio | exheres esto |
| Praes | Praes sum. |

796) Vat. fr. § 318. Non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut si quid fuisset adjectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus.

796a) Für das von mir in der erſten Auflage mit aufgeführte Beiſpiel der tutoris auctoritas: auctor fio gibt es keinen direkten quellenmäßigen Beleg. Im Geiſt des ältern Rechts zweifle ich aber nicht daran, daß wie für alle Rechtsakte ſo auch für dieſen eine beſtimmte Ausdrucksweiſe nöthig war. Hätte der Tutor bloß mit beliebigen Worten ſeinen Conſens ertheilen können, wie Manche annehmen, ſo begreife ich nicht, warum die L. 19 de auct. tut. (26. 8), während ſie im Übrigen die praktiſche Möglichkeit der Beſtellung eines curator für einen Unmündigen anerkennt, doch »ad explicanda ea, quae solennitatem juris desiderant« einen Tutor für nöthig erklärt. Conſentiren konnte der Curator ſo gut wie der Tutor; weſſen er aber unfähig war, war die »auctoritatis interpositio«, letztere kann alſo nicht in dem bloßen Conſens beſtanden haben, ſondern ſie muß ſo gefaßt geweſen ſein, daß ſie für den curator nicht paßte, d. h. ſie muß das Wort auctor oder auctoritas enthalten haben.

2. Elastische Formeln: Sätze, welche in ihren wesentlichen Punkten fest sind, aber in gewissen Hinsichten eine Abänderung vertragen, z. B. die cognitoris datio (Note 796), die Bestellung eines ususfructus durch in jure cessio (Möglichkeit der Hinzufügung eines dies).
3. Feste, aber schematische Formeln: d. h. solche, welche concret ausgefüllt werden müssen, im übrigen aber unabänderlich sind. Das älteste Beispiel dieser Art mag die von Livius erhaltene Formel der Kriegsankündigung sein, in der an betreffender Stelle der Name des Feindes genannt wird.[797] Aus dem Civilrecht und Prozeß nenne ich folgende:

Angabe der Person:

Name des Erblassers in der Formel der cretio bei Antretung der Erbschaft: cum me Maevius heredem instituit. Ulpian. XXII, 28;

der Summe:

bei der manus injectio, Gaj. IV, 21, und der nexi solutio, Gaj. III, 174;

des Gegenstandes:

des Grundstücks bei der Vindication (Lage desselben), Cic. pro Mur. 12;[798]

des Verhältnisses:

---

797) Liv. I, 32: Audite fines (cujuscunque gentis sunt nominat) ... populum illum (quicunque est, nominat) ... In den Formularen des Formularprozesses figuriren die Namen Aulus Agerius Numerius Negidius. Wenn Cicero's Vorwurf pro Murena 13: et quia in alicujus libris exempli causa id nomen invenerant, putarunt omnes mulieres, quae coemptionem facerent, Gajas vocari begründet wäre, so wären hier die Blankettnamen ähnlich wie in dem Beispiel, das Keller Röm. Proz. § 40 a. E. aus dem englischen Prozeß mittheilt, fingirte Namen geworden, s. jedoch darüber Roßbach Unters. über die röm. Ehe S. 352.

798) Gaj. IV, 16 hat bloß: hunc hominem, ähnlich wie bei der in jure cessio II, 24 und der mancipatio I, 119, und es ist denkbar, daß bei Vornahme dieser Akte an beweglichen Sachen die namentliche Bezeichnung der Sache hinweggefallen ist, da sie durch die Gegenwart und das Halten derselben überflüssig gemacht wurde.

Nexi solutio, Gaj. III, 174 und gewiß auch bei der pignoris capio, Gaj. IV, 29.

4. Unabänderliche Formeln: solche, bei denen selbst die Namhaftmachung der individuellen Umstände (weil überflüssig) unstatthaft war. Dahin gehörten z. B. die Formeln des Testators und des familiae emtor, Gaj. II, 104, die des Vindicationsrituals, Gaj. IV, 16. Cic. pro Murena 12.

Ich brauche nun wohl kaum zu bemerken, daß diese formelle Verschiedenheit nur die Folge und der Ausdruck einer materiellen war. Für gewisse Handlungen war man der Ansicht, daß sie ihrem wesentlichen Bestande nach in dem Maße fest und bestimmt gegeben seien, daß jede Abweichung davon vom Übel sei. Der Ausdruck für diese Ansicht war eine Formel der dritten und vierten Classe. Bei andern verhehlte man sich nicht, daß man der Autonomie der Privaten einen freieren Spielraum gewähren müsse, begnügte sich also, nur die Hauptpunkte namhaft zu machen, oder überließ selbst sie der individuellen Feststellung. In jenem Fall gab man eine Formel der zweiten Classe, in diesem beschränkte man sich auf ein bloßes Schlagwort.

Soweit nun das Requisit der Bestimmtheit reichte, hatte es bei allen Geschäften dieselbe Kraft und Geltung. Eine Acceptilation, bei der das Wort: acceptum habeo mit einem andern gleichbedeutenden vertauscht war, war um nichts weniger nichtig als jene Legisactio von Gajus, bei der statt arboribus: vitibus gesetzt war.[798a]) Zwischen dem materiellen Recht und dem Prozeß fand in dieser Beziehung nicht die geringste Verschiedenheit Statt, was zu betonen aus dem Grunde nicht überflüssig sein dürfte, weil das obige celebre Beispiel von Gajus und sein bekanntes Urtheil über die minutiöse Ängstlichkeit, mit der das Wort im ältesten Prozeß gehandhabt worden sei (Gaj. IV, 30), leicht den Schein des Gegentheils hervorrufen könnte. Fühlbarer war allerdings die Strenge im Prozeß, denn ein Versehen in der

798a) Gaj. IV, 11.

Form ließ ſich nicht mehr ungeſchehen machen, während ein Verſehen bei Abſchließung eines Rechtsgeſchäfts durch erneuerte Vornahme desſelben rectificirt werden konnte. Aber die Strenge in der Beurtheilung der Form war hier wie dort ganz dieſelbe. Ebenſo war ſie es bei den verſchiedenen oben mitgetheilten Formen der Rechtsgeſchäfte, und der Schein des Gegentheils beruht nur darauf, daß das Maß der Form, d. h. ihrer Beſtimmtheit bei der einen geringer war als bei der andern. Eine sponsio, die nichts als den Gebrauch des Wortes spondesne erforderte, konnte Jeder abſchließen, ein Teſtament abzufaſſen erforderte eine genaue Vertrautheit mit den dabei zu beachtenden Regeln. Aber die Strenge, mit der man auf Beachtung der Form hielt, war bei allen formellen Akten ganz dieſelbe; ſie kannte keine Grade und konnte ſie nicht kennen, und dasſelbe gilt auch für das heutige Recht, ſoweit dasſelbe, wie z. B. beim Wechſel, eine beſtimmte Form erfordert. Denn dieſe Strenge iſt nichts Poſitives, Willkürliches, ſondern mit dem Begriff der Form ſelbſt unvermeidlich gegeben — jede Abweichung von der vorgeſchriebenen Form enthält eine Verletzung derſelben; eine Unterſcheidung zwiſchen klein und groß, weſentlich und unweſentlich iſt dabei nicht möglich, wenn man nicht der reinſten Willkür verfallen will. Denn wo wäre die Gränze? Wird einmal ein volles Pfund verlangt, ſo iſt es gleichgültig, ob ein Gran oder ein Loth fehlt, das Pfund iſt kein volles! Iſt einmal ein beſtimmtes Wort für weſentlich erklärt, wie dürfte es vertauſcht werden mit einem gleichbedeutenden? Sind es mehrere Worte, welches könnte man erlaſſen? Iſt es eine beſtimmte Ordnung derſelben — und wir werden unten (§ 47b) ſehen, daß dieſe Ordnung bei den altrömiſchen Formeln Gegenſtand der ſorgfältigſten Erwägung war — was dürfte daran geändert werden? Kurz, es gibt hier keinen Unterſchied zwiſchen groß und klein, das Kleinſte wiegt gerade ſo ſchwer wie das Größte, die exacteſte Genauigkeit und peinlichſte Strenge iſt mit dem Begriff des Formalismus ſo unabweisbar geſetzt, daß wer ſie nicht will, die

ganze Einrichtung fallen laſſen, wer aber letztere will, jene mit in den Kauf nehmen muß.

Wenn nun das ältere römiſche Recht im Vergleich mit dem ſpätern uns den Eindruck der äußerſten formaliſtiſchen Strenge macht, ſo liegt dies nicht an der Strenge und Peinlichkeit der Handhabung der einmal vorgezeichneten Form Seitens der alten Juriſten, ſondern in der Strenge und Peinlichkeit der Vorzeichnung derſelben.

Daß im Legisactionenprozeß ein einziges Wort den Prozeß koſten konnte, iſt bekannt, aber es war dies ſo wenig etwas Eigenthümliches der ältern Prozeßform, daß es für die neuere: den Formularprozeß ganz in derſelben Weiſe galt.[798b]) Wie der Ausfall eines Wortes oder die Vertauſchung desſelben mit einem gleichbedeutenden (z. B. bei der im Prozeß gebotenen Form der sponsio der Abſchluß derſelben mit promittisne ſtatt mit spondesne), ſo begründete auch die Veränderung der Reihenfolge der Worte,[798c]) der Gebrauch einer neuern Wortform, wo für die Formel die urſprüngliche geblieben war, ja ſogar das Geſchlecht,[798d]) einen Nichtigkeitsgrund. Ebenſo Zuſätze, wenn die Formel eine feſte unabänderliche war, und zwar traf die Nichtigkeit nicht etwa den Zuſatz, ſo daß das Geſchäft im übrigen gültig geblieben wäre, ſondern das ganze Geſchäft. Auf die Beſcheidenheit des Zuſatzes kam nichts an; mochte er ſich mit dem Zweck des Geſchäfts vertragen oder nicht, mochte er in-

798b) [916] Quint. Inst. orat. VII, 3, 17 quum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur. Ich ſchalte im Folgenden eine Ausführung ein, die in der erſten Ausgabe an anderer Stelle (S. 681) ihren Platz gefunden hatte, und füge die alten Notenzahlen in Parentheſe hinzu.

798c) [917] Plin. H. N. XXVIII, 3 .. ne quid praeposterum dicatur. Das Hauptbeiſpiel gewährt das Teſtament, ſ. § 47c.

798d) [918] Das Wort ovis, im ſpäteren Sprachgebrauch Femininum, war urſprünglich Masculinum, und daran hielt die Formel der multae dictio auch ſpäter noch feſt; als Femininum gebraucht begründete es Nichtigkeit. Gell. XI, 1, 4 .. nisi eo genere diceretur, negaverunt justam videri multam.

haltlos, mochte er gänzlich sinnlos sein — es war ein Zusatz, und die Form duldete keinen Zusatz.

Damit hängt die bekannte Regel des römischen Rechts zusammen: expressa nocent, non expressa non nocent.[798e]) Die solennen Rechtsgeschäfte, sagt Papinian,[798f]) welche keine Bedingung oder Zeitbestimmung zulassen, werden durch das Hinzufügen einer solchen schlechthin nichtig, selbst wenn sich der Inhalt derselben von selbst versteht, wie z. B. die zu dem bedingten Geschäft des Pupillen (also stillschweigend unter derselben Bedingung) ertheilte tutoris auctoritas, die acceptilatio einer bedingten Schuld durch ausdrückliche Namhaftmachung der Bedingung.[798g])

Eine nothwendige Consequenz der Bestimmtheit der Form war die, daß die vorgeschriebenen Worte und Formeln sich nicht in eine andere Sprache übertragen ließen. Waren es einmal diese Ausdrücke, deren man sich bedienen mußte, wie hätte man statt derselben z. B. griechische gebrauchen können? Eben so gut hätte man gleichbedeutende lateinische wählen können? Ein Ausländer also, der das römische Bürgerrecht oder Commercium erworben hatte, mußte alle Geschäfte des jus civile in lateini-

---

798e) [919] L. 52 de cond. (35. 1). L. 195 de R. J. (50. 17). Siehe darüber Savigny Syst. B. 3 S. 124, 125. Daß, um mit seinen Worten zu reden, „das Wesen hierbei der Form geopfert wird", ist vollkommen richtig, allein eben darauf beruht das Wesen der Form.

798f) [920] L. 77 de R. J. (50. 17). Der hier gebrauchte Ausdruck: actus legitimi scheint kaum ein technischer gewesen zu sein, da er sich bei keinem anderen Juristen wiederholt, ebensowenig wie das civile negotium bei Ulp. XI, 27.

798g) [921] Die beiden Beispiele s. in L. 77 cit. und L. 8 de tut. auct. (26. 8). Zu den in der ersten Stelle genannten Geschäften kommen noch hinzu die tutoris auctoritas und rücksichtlich der Unzulässigkeit der Bedingung die Bestellung eines Cognitor (Vat. fr. § 329) und die in jure cessio. Ein Beispiel einer sich von selbst verstehenden Zeitbestimmung ist in den Quellen nicht genannt; die tutoris datio von Seiten der Obrigkeit dürfte ein solches enthalten: der dies ad quem (die Mündigkeit des Mündels) verstand sich von selbst.

ſcher Sprache abſchließen; ſo wenig wie das Volk ſich in ſeinem völkerrechtlichen Verkehr mit Auswärtigen der fremden Sprache bediente,[799]) ſo wenig duldete es dieſelbe in den Geſchäften des Civilrechts.[800]) Die Geſchäfte des jus gentium hingegen und die des ſpäteren römiſchen Rechts, wie z. B. die Fideicommiſſe, waren, weil an keine Formel, auch nicht an den Gebrauch einer beſtimmten Sprache gebunden. Freilich war man ſpäterhin doch genöthigt, gewiſſe Conceſſionen zu machen,[801]) was erſt im dritten Syſtem nachgewieſen werden kann.

## 2. Mündliche Rede.

Das Schreiben iſt etwas Abſtractes, Erlerntes, und eben

799) Dirkſen Civil. Abh. B. 1 Abh. 1.

800) Als Princip iſt dies indirect anerkannt in der in Note 801 abgedruckten L. 8 § 4 de acc. (46. 4). Einzelne Anwendungsfälle gewähren: die sponsio Gaj. III, 93 . . adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a graeca voce figurata esse, das Teſtament L. 21 § 4 Cod. de test. (6. 23) mit ſeinen ſämmtlichen Beſtimmungen, z. B. der Freilaſſung (L. 14 Cod. de test. man. 7. 2), dem Legat (Ulp. XXV, 9. Gaj. II, 281), der Ernennung eines Tutors (L. 8 Cod. de tut. test. 5. 28), vor allem aber der Erbeseinſetzung.

801) So z. B. bei der Acceptilation L. 8 § 4 de acc. (46. 4): hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio (d. h. eigentlich wäre ſie es nicht) et ideo puto et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet, bei der Beſtellung eines Cognitor Vat. fr. § 319, obgleich dafür certa et quasi solennia verba nöthig waren Gaj. IV. 83, 97, bei der fidejussio L. 8 pr. de fidej. (46. 1). L. 12 Cod. de fidej. (8. 41). Bei der gewöhnlichen Stipulation mit Ausnahme der sponsio L. 1 § ult. de V. O. (45. 1). Gaj. III, 93 kann man kaum von einer Conceſſion ſprechen, da ſie keiner verba certa et solennia bedarf. Ob ſie aber nicht überhaupt, ſowohl in der Anwendung auf Peregrinen als auf Römer, ſpäteren Urſprunges iſt, ſcheint mir mehr als wahrſcheinlich. Es wird als eine Eigenthümlichkeit von Tiberius berichtet (Sueton. Tiber. c. 71), daß er ſich dem amtlichen Gebrauch des Griechiſchen hartnäckig widerſetzte. — Eine Analogie zu den obigen Beiſpielen bietet das moslemitiſche Recht, welches von dem im Princip feſtgehaltenen Erforderniß des Gebrauchs der arabiſchen Formel für die Eheſcheidung zu Gunſten ungebildeter Perſonen eine Ausnahme macht. v. Tornauw, Moslemitiſches Recht, S. 171.

darum nicht das Urſprüngliche. Das Einfachſte, das Natürliche und Urſprüngliche iſt das *Sprechen*, und dieſe natürliche Form der Gedankenäußerung iſt im älteren Recht zugleich die *rechtlich nothwendige*.[802] Das ältere Recht kennt meines Wiſſens keinen ſolennen Akt, bei dem die Schrift die Rede hätte erſetzen können.[803] Freilich *neben* der Rede mag in Rom von Alters her, wie bei den Geſetzen und Bündniſſen und ſonſtigen Akten des öffentlichen Rechts z. B. der Schätzung beim Cenſor, ſo auch bei wichtigen Geſchäften des Privatrechts eine ſchriftliche Aufzeichnung üblich geweſen ſein, aber ich muß es betonen: *neben*, nicht *ſtatt* der Schrift. Ein Teſtament, eine umfangreiche Stipulation mochte man immerhin aufzeichnen und von Zeugen oder der Gegenpartei unterzeichnen laſſen — die Schrift hatte hier durchaus keine *juriſtiſche* Bedeutung, die Gültigkeit des Geſchäfts beruhte lediglich auf der *mündlichen* Vornahme. Bei beiden Geſchäften aber durfte letztere eine *abſtracte* ſein,

802) Als Princip ausgeſprochen iſt es meines Wiſſens nirgends, eben weil es ſich für den Römer von ſelbſt verſteht. Für die Mancipation und das Nexum lag es in den Worten der Tafeln: uti *lingua* nuncupassit.

803) Daher noch im ſpäteren Recht die Wendung: legem *dicere* (z. B. suae rei) für eine Vertragsbeſtimmung ſchlechthin. Andere ſprachliche Reminiscenzen bieten *edictum*, *interdictum* von dicere, dies *fasti nefasti*, *infans* von fari. (Die Idee von Schulin, das griechiſche Teſtament verglichen mit dem römiſchen, Baſel 1882 S. 53, daß das testam. in comitiis calatis ein ſchriftliches geweſen, enthält nicht mehr und nicht weniger als einen Fauſtſchlag ins Antlitz des alten Rechts, ſie ſteht auf einer Linie mit ſeiner Anſicht, daß das Mancipationsteſtament gar keine Erbeseinſetzung enthalten habe — eine wahre rechtshiſtoriſche Ungeheuerlichkeit! Aus ſeiner eigenen Schrift geht hervor, daß das griechiſche und das römiſche Teſtament nicht die mindeſte Ähnlichkeit mit einander hatten, und nie hat eine Vergleichung des griechiſchen und des römiſchen Rechts, unternommen in der Abſicht, die Ebenbürtigkeit des erſteren mit dem letzteren nachzuweiſen, ſo ſehr das gerade Gegentheil von dem gewünſchten Ziel (ſ. S. 3 u. 4 der Schrift) erreicht wie hier — das griechiſche Teſtament iſt im Vergleich zum römiſchen mit ſeinem Gedanken der Univerſalſucceſſion, um die Worte des Cicero de orat. c. 44 zu gebrauchen, inconditum ac paene ridiculum. (Zuſatz zu Aufl. 4.)

d. h. man konnte, ohne das Mindeſte vom Inhalt der Urkunde mitzutheilen, ſich in der Formel des Geſchäfts einfach auf letztere beziehen, alſo z. B.: ich teſtire, wie in dieſer Urkunde geſchrieben — verſprichſt Du alles zu leiſten, was in dieſer Urkunde verzeichnet ſteht?[804]) Der juriſtiſchen Auffaſſung nach war das Geſchäft mündlich geſchloſſen, denn der ganze Inhalt der Urkunde war ja vom Redenden genehmigt, anerkannt, er hatte geſprochen durch Verweiſung.

War dieſe Geſtalt der Sache die urſprüngliche? Ich meine, Jeder muß ihr den Zug der abſtracten Periode anmerken. Sie enthält in Wirklichkeit eine Trennung des concreten Inhalts des Geſchäfts von letzterem ſelbſt. Gewollt wird nicht dies, dies Beſtimmte, Sichere, ſondern ein Etwas: das, was in der Urkunde ſteht — vielleicht alſo etwas ganz Anderes, als der Redende weiß und will. In dieſer Weiſe kann er wollen, ohne jetzt bereits im Mindeſten zu wiſſen Was, z. B. verſprechen, was dieſer jenem verſprochen hat oder gar erſt verſprechen wird.[805]) Noch weniger erfahren die Zeugen etwas Näheres; ſie ſind dabei, ſie ſehen, was geſchieht, und hören, was geſprochen wird, und doch wiſſen ſie nicht das Geringſte vom Inhalt — ſie ſehen, ſo zu ſagen, nur den Schatten des Geſchäfts! Bei dem Eigenthumserwerb und der Vindication einer Sache genügt es nicht, ſie bloß zu nennen, ſich nur auf ſie mit Worten zu beziehen, ſondern man ſollte ſie faſſen. Und bei dem Rechtsgeſchäft hätte

804) Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Ulp. XX, 9. Ein Beiſpiel aus dem geiſtlichen Recht gewährt die Einweihung eines Tempels unter Bezugnahme auf die Fundationsurkunde eines anderen Tempels ſ. b. Briss. I. 194: ceterae leges huic arae eaedem sunto, quae arae Dianae sunt in Aventino dictae.

805) So z. B.: quantam pecuniam . . . credidero, tantam dari spondes? (L. 18 § 3 de stip. serv. 45. 3), fide tua esse jubes? (L. 47 § 1 de fidej. 46. 1). Beim Teſtament: quem heredem codicillis fecero, heres esto (L. 78 de hered. inst. 28. 5), quantum legavero . . . (L. 38 de cond. et dem. 35. 1). Eine genauere Erörterung dieſes Punktes ſ. B. 4 § 53 Note 204 fl.

man den Inhalt desselben nicht ebenfalls fassen d. h. mit der Zunge fassen (lingua nuncupare)[806] sollen? Ein Wollen durch bloße Beziehung, durch abstracte Erklärung des Beitritts, der Einwilligung u. s. w. widerspricht meiner Ansicht nach aufs entschiedenste dem Geiste des älteren Rechts. So darf man rücksichtlich der Stipulation sicherlich annehmen, daß in alter Zeit nicht bloß der Stipulant den ganzen Inhalt derselben angeben, sondern auch der Promittent ihn wörtlich nachsprechen mußte (S. 557). Ebenso bei der Correalobligation und der Bürgschaft. Für den Eid ist es bekannt, daß der Schwörende die ihm vorgesprochene Eidesformel wörtlich nachzubeten hatte, sich also nicht mit einem abstracten „So schwöre ich" begnügen durfte. Nur wo die Masse, z. B. das Volk bei Gesetzesvorschlägen oder das Heer bei Ableistung des Fahneneides, eine Willenserklärung abzulegen hatte, mag man nothgedrungen von Altersher eine Ausnahme gemacht und eine abstracte Erklärung zugelassen haben. Damit hängt die Sitte der Präjurationen zusammen, vermöge welcher bloß Einzelne den ganzen Eid hersagten, und die Anderen lediglich mit „ebenso ich" ihren Beitritt erklärten.[807]

Kehren wir jetzt zu der Verbindung der Schrift und Rede zurück, so glaube ich, daß eine bloße Verweisung auf die Schrift ohne Mittheilung ihres Inhalts im älteren Recht unstatthaft war, hier vielmehr der ganze Inhalt der Schrift vorgelesen wer-

---

806) In der älteren Sprache wird dieser Ausdruck für Sprechen schlechthin gebraucht, in der neueren scheint er vorzugsweise für die aus Schrift und Rede verbundenen Geschäfte gebraucht worden zu sein, um mittelst seiner den mündlichen Theil des Geschäfts (nuncupatio) im Gegensatz zu dem schriftlichen (tabulae) besonders hervorzuheben; so namentlich beim Testament und Votum, s. z. B. Sueton. Aug. c. 97. Fest. nuncupata.

807) Festus: Praejurationes facere dicuntur hi, qui ante alios conceptis verbis jurant, post quos in eadem verba jurantes tantummodo dicunt: idem in me. Polyb. VI, 21. Becker Handbuch der röm. Alterth. (Marquardt) III. Abth. 2 S. 291. Bei Tac. Hist. IV, 34 spricht jeder der Soldaten den Eid vollständig nach. Liv. II, 45. XXVIII, 29 läßt gar nicht erkennen, in welcher Weise der Eid abgeleistet ist.

den mußte. Halten wir uns zunächst an die beiden Hauptfälle des öffentlichen Rechts: die Gesetze und Bündnisse, so ist es bekannt, daß der Gesetzantrag dem Volk wörtlich vorgelegt werden mußte, und die Kraft des geschriebenen Gesetzes nicht auf der Schrift, sondern auf der mündlichen Vorlage und Annahme beruhte. Was die Bündnisse betrifft, so ist uns von Livius[808]) die Formel ihres Abschlusses aufbewahrt, und diese gedenkt ausdrücklich der geschehenen Verlesung. Auch bei Gelübden, namentlich den öffentlichen, war die schriftliche Aufzeichnung eine ganz häufige (tabulae votivae), und auch hier wird der Verlesung gedacht.[809]) Aus späterer Zeit nenne ich noch das richterliche Urtheil, welches zwar schriftlich ertheilt, aber daneben bei Strafe der Nichtigkeit verlesen werden mußte.[810]) Dasselbe Verhältniß haben wir bereits früher (II, 1 Note 6) für die Testamentserrichtung zu begründen versucht; bei diesem Akte dürfte sich das Sprechen wohl am frühesten zu dem bloßen Hersagen der Bekräftigungsformel abgeschwächt haben. Wie es sich mit jener Annahme aber auch verhalten haben möge, der juristischen Auffassung nach war auch später noch das Testament ein mündliches Rechtsgeschäft.

Dagegen scheint ein anderes Geschäft: der Literalcontract, der allerdings bereits der gegenwärtigen Periode, wenn auch erst der zweiten Hälfte angehört,[811]) mit ihr sich schlechterdings nicht zu vereinigen.

---

808) Liv. I, 24. Legibus (foederis) deinde recitatis: Audi, inquit, Jupiter ... ut illa palam prima postrema (vom Anfang bis zu Ende) ex illis tabulis cerave recitata sunt .. illis legibus populus Romanus prior non deficiet.

809) Val. Max. IV, 1 § 10. Sueton. Aug. c. 97. Apulej. Metam. lib. XI (ed. Bip. p. 257) de libro, de literis fausta vota praefatus.

810) L. 1. 2. 3 Cod. de sent. ex peric. (7. 44). Sueton. Claudius c. 15 .. ex tabella pronuntiasse.

811) Wenn sonst das: nomina transscribere bei Liv. Epit. XXXVII (a. 559) im technischen Sinne gemeint ist (Gaj. III, 130), worüber man noch streiten könnte.

Allein der Literalcontract war von Haus aus nichts anderes als die von beiden Parteien bewerkstelligte Eintragung einer auf andere Weise begründeten Geldschuld, wie dies aus den dabei gebrauchten Ausdrücken: expensum und acceptum ferre unzweideutig hervorgeht, also seiner ursprünglichen Tendenz und seinem Äußeren nach nichts weiter als ein Beweismittel. Aber freilich: sobald man der Eintragung absolute Beweiskraft einräumte, war damit mittelbar eine selbständige, d. h. von dem Abschluß eines anderen Contracts, namentlich eines Darlehns unabhängige Art sich zu verpflichten gewonnen, und in richtiger Erkenntniß davon durfte und mußte man hier von einem eigenen Contract sprechen. Es verhielt sich mit demselben ähnlich, wie mit der obligatorischen Kraft des richterlichen Urtheils. Beide sind von Haus aus rein declaratorisch, sie erkennen nur eine Verbindlichkeit als bereits vorhanden an, allein da diese Anerkennung eine unumstößliche Kraft hat, so erlangen sie damit die Natur constitutiver Akte.[812]) Seiner praktischen Geltung nach würde also der Literalcontract von unserem obigen Satz eine Ausnahme begründen, seiner juristischen Composition nach nicht.

Also unsere Regel bleibt aufrecht: alle Geschäfte des älteren Rechts müssen mündlich errichtet werden. Wie aber, wenn Jemand nicht sprechen kann? Dann ist er eben dadurch ausgeschlossen. Dasselbe gilt von dem Tauben[813]) rücksichtlich aller Geschäfte, bei denen der Gegner zu sprechen hat, denn man muß die Worte desselben hören, also z. B. bei der Stipulation, dem Testamente. Unser heutiges Testament macht den Schreibunfähigen die bekannte Concession des Kreuzziehens statt der

812) Eine Analogie aus dem späteren Recht s. bei Paulus Sent. Rec. V, 7 (Hänel 8) § 2: quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione praecedente responsum sit.

813) Über beides s. L. 48 de O. et A. (44. 7) . . in quibus negotiis sermone non opus est. L. 6 § 1 qui testam. (28. 1). Ulp. XX, 7. 13. Die tutoris auctoritas L. 1 § 2, 3 de tut. (26. 1). Mit den verba certa ist auch diese Consequenz derselben im justinianischen Recht hinweggefallen L. 10 Cod. qui test. (6. 22).

Namensunterſchrift, das römiſche Recht hat eine ſolche Rückſicht gegen Taube und Stumme nicht beobachtet, ſie ſind die Opfer ihres Naturfehlers geworden.

**Die Compoſition der Formeln ein Zweig der juriſtiſchen Kunſt. — Die Verbalformeln — die juriſtiſche Syntax, logiſche Stellung der einzelnen Gedankenglieder (Grund, Bedingung, Beſchränkung, Ausnahme) — das Geſetz der Correſpondenz der Form — Correſpondenz zwiſchen der Begründung, Aufhebung, Geltendmachung des Rechts.**

XLVII[b]. Woher ſtammen die Formeln? Sind ſie durch Geſetze eingeführt? Sicherlich nicht! Es fehlt allerdings aus ſpäterer Zeit nicht an Beiſpielen, daß ein Geſetz für die Klage, die es gewährt, auch zugleich die entſprechende Klagformel beifügt, wie z. B. die lex Rubria (Prozeßordnung für das cisalpiniſche Gallien) es thut, allein für die ältere Zeit iſt dies weder bezeugt, noch irgendwie wahrſcheinlich. Mittelbar wurden freilich die älteren Geſetze eine wichtige Quelle der Formeln, indem ſie, wie ſpäter gezeigt werden ſoll, für eine gewiſſe Art derſelben, nämlich die der Legisactionen das Material hergaben.

Sind ſie Producte des Lebens? Die Frage iſt zu unbeſtimmt, man kann ſie bejahen oder verneinen, je nachdem man ſie verſteht. Bejahen — wenn man dabei ihre gewohnheitsrechtliche Geltung, verneinen — wenn man ihre Abfaſſung ins Auge faßt (S. 577). Abgeſehen von den bloßen Schlagworten, tragen die eigentlichen Formeln ſo ſehr das Gepräge des Gemachten, des Abſichtlichen an ſich, es herrſcht in ihnen allen eine ſolche Übereinſtimmung, Conſequenz, Berechnung, Kunſt, daß man blind ſein müßte, um den juriſtiſchen Urſprung derſelben zu verkennen. Rückſichtlich der einen Hälfte: der auf den Prozeß ſich beziehenden, wird uns dieſe Entſtehungsart ausdrücklich bezeugt. Nach Erlaß der XII Tafeln und im Anſchluß an ſie, heißt es, hätten die Pontifices die Klagformeln componirt und bei ſich aufbewahrt.[814]) Appius Claudius habe dann den ganzen Vor-

814) L. 2 § 6 de O. J. (1. 2). S. 397 Note 540.

rath in eine Sammlung gebracht, zu der, nachdem ſie von deſſen Schreiber Flavius veröffentlicht worden ſei (jus Flavianum), ſpäterhin ein anderer Juriſt, Aelius, Nachträge geliefert habe (jus Aelianum).[815] Wenn Pomponius dieſer letztern Thatſache den Ausdruck gibt: Aelius habe die ganze Sammlung verfaßt (composuit), ſo beruht dies ſicherlich auf einem Irrthum. Daß ein Juriſt als ſolcher, d. h. ohne amtlichen Charakter keine Formeln einführen konnte, bedarf kaum der Bemerkung. Was er vermochte, war nur ein Formular aufſetzen. Allein auch die Annahme, daß jene Sammlung aus lauter von Aelius verfaßten Formularen beſtanden habe, ſtößt auf unmögliche Vorausſetzungen. Oder ſollte die römiſche Jurisprudenz Angeſichts des durch Pomponius ſelbſt betonten Bedürfniſſes (augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi) und bei dem Vorhandenſein der leges, aus denen ſich die legis actiones componiren ließen, ſich dieſer einfachen Aufgabe ſo lange entzogen haben, bis endlich Aelius auf den Gedanken kam, das Verſäumte nachzuholen, und nun mit einem Male eine ſolche Menge Klageformulare in die Welt ſetzte, daß man ſie als »liber« und »jus Aelianum« bezeichnen konnte? Vielleicht hat Pomponius ſich durch die letztere Bezeichnung, die wie beim »jus Papirianum und Flavianum« nur auf den Sammler gemünzt war, verleiten laſſen, den bloßen Sammler für den Verfaſſer zu halten, jedenfalls vermag ich den Glauben, den er bei dieſer Gelegenheit an den Tag gelegt hat, nicht zu theilen.

Das Formelweſen iſt alſo ein Werk der Jurisprudenz. Könnten die äußeren Beweiſe uns darüber im Zweifel laſſen, die inneren von der Beſchaffenheit desſelben hergenommenen müßten jeden Zweifel heben — jedes Splitterchen, möchte ich ſagen, verkündet uns die Urheberin. Ich habe oben (S. 561) das Formelweſen ein Kunſtproduct des juriſtiſchen Geiſtes genannt und es als einen untergegangenen Zweig älteſter juriſti-

815) L. 2 § 7 de O. J. (1. 2).

ſcher Kunſt bezeichnet; die folgende Darſtellung wird dieſe Bezeichnung rechtfertigen.

Der geiſtige Höhenpunkt dieſer Kunſt iſt allerdings ein niedriger, er liegt tief unter dem der heutigen und auch der ſpäteren römiſchen Jurisprudenz, allein auf und von dieſer Baſis aus erhebt ſich dieſelbe zu einer Höhe, die unſere ganze Bewunderung in Anſpruch nimmt. Als der eigentliche geiſtige Mittelpunkt, von dem aus wir das Verſtändniß derſelben zu gewinnen ſuchen müſſen, läßt ſich ihr Streben nach ſtrenger Logik bezeichnen. Dieſe Logik iſt eine ungemein peinliche, minutiöſe, eine Logik des Kleinen und Kleinſten, ſie fordert eine Genauigkeit der Anordnung des Gedankens, wie ſie im Sprechen zu beobachten auch dem ſchärfſten Denker unmöglich fallen würde. Sie eignete ſich daher nur für den juriſtiſchen Lapidarſtyl, bei dem das kleinſte Wörtchen ſich aufs Sorgfältigſte abwägen ließ. Aber dieſe Logik ſelber war untadelhaft, die Regeln, welche ſie aufſtellte, waren unbeſtreitbar, denn ſie waren der genaueſten Beobachtung des Denkens entnommen — es ſteckt in dieſen nüchternen Formeln der älteſte hiſtoriſche Verſuch einer Theorie der Denkgeſetze.

Was mich aber am meiſten mit Bewunderung erfüllt, iſt das ungemeine Verſtändniß für die feinſten Nüancen der ſprachlichen Formen. Durch Benutzung von feinen der Sprache abgelauſchten Zügen iſt es den alten Juriſten gelungen, mit wenig Mitteln außerordentlich viel zu erreichen, ich meine nicht ſowohl kurz, treffend, bezeichnend zu reden, ſondern ſprachlich in einer Weiſe zu charakteriſiren und zu individualiſiren, wofür die Geſchichte der Sprache wenig Seitenſtücke darbieten möchte.

Wie die großen Meiſter der Tonkunſt es verſtanden haben, die verſchiedenen Perſonen einer Oper in dem Maße muſikaliſch zu individualiſiren, daß jede derſelben ihre eigene muſikaliſche Sprache redet, ſo verſtanden es jene alten juriſtiſchen Meiſter in Bezug auf die Perſonen, die ſie ſprechen zu laſſen hatten. Jede derſelben, das Volk, der Senat, der Prätor redet ſeine eigene, ſeiner politiſchen Rolle entſprechende Sprache, und ich hoffe, den

Leſer zu überzeugen, daß es nicht zu viel geſagt iſt, wenn ich behaupte, daß z. B. die eigenthümliche ſtaatsrechtliche Stellung des Prätors kaum treffender charakteriſirt werden kann, als es der Curialſtyl des Edicts mittelſt einiger weniger Wendungen gethan hat.

Dieſe ganze Richtung ſchloß übrigens die Gefahr eines bedenklichen Abwegs in ſich, und es iſt gewiß nicht das kleinſte Verdienſt der alten Jurisprudenz, daß ſie denſelben glücklich vermieden hat. Es war der der Ausartung derſelben in eitel Spielerei. Wie nahe derſelbe gelegen, zeigt uns das Beiſpiel eines Rechts, das wie in ſo vielen anderen Punkten, ſo auch in dieſer Beziehung eine höchſt lehrreiche Parallele für das alte römiſche Recht darbietet. Es iſt das isländiſche. Wenn irgendwo außer dem römiſchen, ſo hat in ihm der Formelcultus und das Sichvertiefen in das Wort die höchſte Höhe erreicht. Es bedurfte nach der Verſicherung eines competenten Berichterſtatters[816]) eines mehrjährigen Studiums, um alle die Formeln auswendig zu lernen; es kam „bei Anwendung derſelben der Verſtand in vollſte Thätigkeit,' das Recht war ganz zu einem Spiel des Witzes geworden und zu einer Wette, wer die dunkelſten und ſeltenſten der vielen Formeln und Gebräuche am untadeligſten vortragen und anwenden könne — und ſehr häufig mußte Blut heilen, was die Sophiſterei verrenkt hatte." Daß die Römer dieſer Gefahr nicht verfallen ſind, die einem durch die Natur während eines langen öden Winters zum Grübeln verurtheilten Volk ſo verderblich ward, davon lag der Grund nicht bloß in ihnen ſelbſt, in ihrem geſunden Sinn und ihrer praktiſchen Natur, ſondern in dem ſicherſten Schutzmittel gegen alles unfruchtbare Grübeln: in unausgeſetzter praktiſcher Thätigkeit. Spielereien kommen nur da auf, wo es an ausreichenden ernſten Aufgaben fehlt.

Indem ich mich anſchicke, das obige Urtheil im Einzelnen zu begründen, muß ich, um das ganze Material an dieſer Stelle

816) Weinhold, altnordiſches Leben, Berlin 1856. S. 402.

übersichtlich zusammenzustellen und andererseits nicht zu nutzloser Wiederholung genöthigt zu sein, den Leser ersuchen, die S. 485 und 486 anticipirten Belege als integrirenden Bestandtheil der gegenwärtigen Darstellung zu betrachten. Im übrigen werde ich meinen Stoff nach folgenden drei Gesichtspunkten gruppiren:

1. Die Verbalformen.
2. Die juristische Syntax.
3. Das Gesetz der Correspondenz der Form.

### 1. Die Verbalformen.

Wenn uns aus einem heutigen Schriftstück juristischen Inhalts, einem Gesetz, einer Verordnung, einem Urtheil, einer theoretischen Darstellung des Rechts, einem Contract, Testament ein Bruchstück vorgelegt würde ohne Angabe seiner Quelle, wie schwer oder richtiger wie völlig unmöglich würde es uns in den meisten Fällen sein, die juristische Natur der Urkunde aus ihrer Sprache zu errathen. Die Sprache ist in allen diesen Erzeugnissen regelmäßig eine und dieselbe, ein Paragraph aus einem Gesetzbuch lautet — schlimm genug! — nicht selten ganz so doctrinär wie der aus einem Compendium, der Erlaß einer Verwaltungsbehörde wie ein Gesetz, eine Bestimmung aus einem Testament wie die aus einem Vertrage.

Würde uns dieselbe Aufgabe an einem derartigen Bruchstück des römischen Rechts gestellt, ein einziges Wort würde häufig zur Lösung derselben genügen. Ich meine natürlich nicht die entscheidenden Worte, mit denen die Urkunde sich selbst charakterisirt, wie z. B. hac lege, placere Senatui u. s. w., sondern den Styl derselben. Der Styl des Gesetzes war ein anderer als der eines Senatsbeschlusses oder Edictes, der des Testaments ein anderer als der einer Vertragsurkunde,[816a])

816a]) Einen interessanten Beitrag dazu hat gegeben Kenner, in den Mittheilungen der österr. Commission für Baudenkmäler B. 14 S. 126 ff. in Bezug auf die kaiserlichen Abschiedsdiplome der entlassenen Prätorianer und Auxiliarier, in jenen spricht der Kaiser in der ersten Person (quibus

und zwar nicht etwa in Folge willkürlicher Convention, sondern in seiner Erfassung und Wiedergabe ihrer *inneren* Verschiedenheit, kurz er verdiente in Wirklichkeit die Bezeichnung, die ich oben gebraucht habe, die einer *stylistischen Individualisirung*.

Diese Individualisirung beruhte vorzugsweise auf dem Gebrauch der verschiedenen *Verbalformen*. Der Imperativ war für andere Verhältnisse bestimmt als der Infinitiv, der Indicativ für andere als der Conjunctiv, das Futurum für andere als das Präsens. Überzeugen wir uns davon.[817])

1. Der *Imperativ*. Er ist die Form des *Befehls* und der kategorischen Aufforderung. Darum gebührt er vor allem dem *Volk* für seine Beschlüsse (leges, Plebiscita),[817a]) mögen dieselben die Aufstellung eigentlicher Rechtssätze oder sonstige Verfügungen[818]) zum Inhalt haben. Ebenso den *Göttern*, d. h. er ist auch die Form der Gebote des geistlichen Rechts.[819]) Da-

---

jus *tribuo* connubii, in späterer Zeit im Plural: quorum nomina subjecimus), in diesen in der *dritten* (imperator .. *dedit* civitatem et connubium).

817) Bei der folgenden, aus der ersten Auflage herübergenommenen Untersuchung war mir die Abhandlung von *Dirksen*, Beiträge zur Geschichte des Formelwesens bei den Römern in seinen Versuchen zur Kritik u. s. w. Leipzig 1823 S. 1 fl. entgangen, und ich hätte für die Bemerkung über den Gebrauch des Infinitivs auf S. 14 daselbst Bezug nehmen können; im übrigen treffen unsere beiderseitigen Ausführungen nicht zusammen, und die ganze Art, wie *Dirksen* seine Aufgabe erfaßt und gelöst hat, ist von der, wie ich sie glaubte auffassen zu sollen, wesentlich abweichend.

817a) z. B. sacer, parricidia, damnas, talio esto; cogito, reddito, adjudicato u. s. w. Briss. II, c. 20 u. fl. c. 32 u. fl. Er wiederholt sich in den XII Tafeln selbst bei Permissivvorschriften z. B. si volet, plus dato (Tafel 3); tignum junctum ne solvito (Tafel 6); qua volet, jumentum agito (Tafel 7); Schoell XII tabul. reliq. p. 79 fl.

818) z. B. auch bei dem Votum eines Ver sacrum. Liv. XXII, 10. Rudorff ad leg. Aciliam (Berl. Akad. d. Wiss. 1861 p. 415) macht darauf aufmerksam, daß sich dieses Gesetz bei seinen Anweisungen an den Prätor (magistratus major) und die Richter [mit Ausnahme einer Stelle] des *Conjunctivs*, bei denen an den Quästor (magistratus minor) des *Imperativs* bedient.

819) z. B. piaculum dato, aram ne tangito.

gegen hat der Senat bei seinen Beschlüssen und der Prätor in seinem Edicte sich desselben zu enthalten, denn der staatsrechtlichen Theorie nach haben beide keine gesetzgebende Gewalt.[820])

Innerhalb der Schranken seiner Competenz hat auch der Magistrat das Recht zu befehlen, und so namentlich der Prätor für die Rechtspflege. Darum lauten seine Anweisungen sowohl an den Richter (judex esto — condemna, absolve) als an die Parteien (mittite ambo hominem, inite viam) imperativisch. Folgeweise auch das Urtheil des Richters, wenn ihm eine Condemnation und nicht etwa ein bloßer Ausspruch (praejudicialis formula) aufgetragen ist;[821]) der Prätor hat die Macht zu befehlen auf ihn übertragen. Bei einem Antrage an das Volk bedient der Magistrat sich des Conjunctivs — velitis jubeatis.[822])

Eine Aufforderung von Seiten der Privatperson lautet nur da imperativisch, wo letztere im Voraus der Erfüllung versichert worden ist, so z. B. an die Zeugen, welche derselben ihre Mitwirkung versprochen haben (Litiscontestatio: testes estote; nuncupatio testamenti: testimonium mihi perhibetote), oder umgekehrt von Seiten des Libripens an die Partei (S. 539, Note 708). Dagegen ist die Aufforderung an den Gegner nicht imperativisch gefaßt, da der Eine dem Andern nichts zu befehlen hat, also z. B. nicht: ambula mecum in jus, sondern in jus te voco, nicht dic, ex qua causa vindicaveris, sondern postulo

---

820) In Senatsbeschlüssen und im prätorischen Edict habe ich ihn vergebens gesucht, dagegen kommt im Edict der Aedilen zwei Mal der Imperativ pronuncianto und mit Bezug darauf eadem faciunto vor, während dasselbe sonst den Sprachgebrauch des prätorischen (s. u.) beobachtet.

821) z. B. Solve, L. 59 § 1 de re jud. (42. 1). Daß für das Urtheil keine verba solennia erforderlich gewesen sein sollten (Keller röm. Prozeß § 66) läßt sich höchstens für die spätere Zeit behaupten. Diese Ansicht von Keller reiht sich der Note 795 charakterisirten würdig an. Für die ältere siehe Varro de L. L. VI, 61 judex ... quibusdam verbis dicendo finit. Über die Form der bloßen pronunciatio s. unten.

822) z. B. Gell. V, 19. 9.

anne dicas, ex qua u. ſ. w.[823]) Noch weniger kann natürlich die Partei zum Prätor ſagen: da mihi judicem, ſondern: postulo, uti des, noch auch den Imperativ an ſich ſelber richten, was der Fall ſein würde, wenn die Formel der Mancipation imperativiſch: emtus esto hätte lauten ſollen (Note 706). Bei der feinen Unterſcheidung, welche die Römer im Gebrauch des Imperativs beobachten, erſcheint mir dies völlig unglaublich. Die Partei nimmt das emere ſelber vor, indem ſie die Sache ergreift, die Wagſchale ſchlägt und dabei dieſen Akt durch die Formel conſtatirt. Das Conſtatiren aber geſchieht durch den Indicativ (ſ. u.), einer Aufforderung zur Vornahme einer Handlung bedarf es weder von der gegneriſchen, noch von ihrer Seite.

Der Imperativ iſt, wie bemerkt, die Form der lex. So lange die Teſtamente noch in den Comitien errichtet wurden, fand er eben damit auch auf die teſtamentariſchen Dispoſitionen Anwendung, und dies hat ſich auch für das testam. per aes et libram erhalten. Die Verfügungen des Teſtaments müſſen legis modo i. e. imperative[824]) gefaßt werden, alſo z. B.: heres, exheres, liber, damnas esto, cernito, capito, praecipito, sinito. Worauf es beruht, daß im Widerſpruch damit die Formel des Vindicationslegats: do, lego lautete, vermag ich nicht anzugeben;[825]) einen Grund hat dieſe Abweichung jedenfalls gehabt. Bei der tutoris datio kehrt dieſelbe Formel wieder.[826])

---

823) Gaj. IV, 16. Ebenſo die dort mitgetheilte Formel: sacramento te provoco, und bei Val Prob. de notis § 4: quando in jure te conspicio postulo, an fas (fuas, fias) autor. Ebendaſelbſt die im Text erwähnte Formel der judicis postulatio.

824) Ausdrücke von Ulp. XXIV, 1 bei Gelegenheit der Legate.

825) Denn nach der Art wie Gaj. II, 193 Ulp. XXIV, 3 ſich äußern, kann man ſie nicht, wie die oben S. 583 Note 793 beſprochenen, für eine Formel jüngeren Urſprungs halten. Dieſelben Ausdrücke kommen auch in der Formel der nuncupatio vor, ita do, ita lego; vielleicht liegt darin die Löſung verborgen.

826) Gaj. I, 149. Rectissime autem tutor sic dari potest: Lucium Titium liberis meis tutorem do. Sed et si ita scriptum sit: liberis

Der Ausdruck lex wird von den Römern bekanntlich auch in einem weitern Sinn von Bestimmungen gebraucht, die auf Vereinbarung beruhen (leges contractus, foederis, pacis u. s. w.). Hierin mag es seinen Grund haben, daß die imperativische Form auch in Anwendung auf sie gebraucht wird, so z. B. bei den einzelnen Clauseln eines Födus,[827] der Fundationsurkunde eines Tempels und selbst in Formularen von Contracten.[827a])

Der Imperativ konnte entweder direkt auf das Thun oder auf das Schuldigsein zum Thun lauten, so z. B. beim Dam-

---

meis Titius tutor esto, recte datus intellegitur. Vat. fr. 229, 230. — Nach der Art, wie Gajus sich hier äußert, muß die Formel: tutor esto neueren Ursprungs sein.

827) Über das Födus siehe Briss. V. c. 48, 49: amicitia esto, jus belli gerendi ne esto, tradito, restituito; über die lex dedicationis Briss. I, c. 194; legem dixit .. probe factum esto, jus fasque, eadem lex esto. Ist es Zufall, daß Livius, der sich bei dem foedus des Imperativs bedient (s. z. B. XXXVIII, 11 u. a. St. bei Briss.), die von dem Feldherrn entworfenen Friedensbedingungen XXXIII, 39. XXXIV, 35 im Conjunctiv faßt?

827a) S. die Contractsformulare bei Cato de re rust. c. 144—150. Hier wechselt der Imperativ mit dem Futurum, nach Maßgabe der Leistungen beider Parteien. Der Gutsherr, der den Tagelöhner für die ländliche Arbeit engagirt oder seine Früchte verkauft, bedient sich für die Leistungen, die er dem Gegner auflegt, des Imperativs (z. B. Oleam cogito recte — oleam ne stringito — facito recte — promitto — pigneri sunto, satis dato u. s. w.), für diejenigen Verpflichtungen, die er selber übernimmt, des Futurums (nemo dabit .. deducetur .. neque debebitur .. vinum admetietur .. locus dabitur ..), so daß man an der Wortform erkennen kann, welche Bestimmung im Interesse des Gutsherrn oder des Tagelöhners, Käufers getroffen ist. Wenn Degenkolb, Zeitsch. für Rechtsgeschichte B. 9. S. 173 Note 111 in dem Futurum nicht „den Vertrag, sondern die vor der Hand einseitige Proposition" finden will, so steht dem die lex parieti faciundo Puteolana (Bruns fontes p. 139) entgegen, in der sich Imperativ und Futurum in derselben Gegensätzlichkeit wiederholen praedes dato facito u. a. — pars pecuniae dabitur ... altera solvetur) und die nicht ein bloßer Vertragsentwurf, sondern wie die Namen der Unternehmer am Ende zeigen, ein abgeschlossener Vertrag war.

nationslegat: heres dato oder damnas esto dare, ohne daß dies einen Unterſchied begründet hätte. Ob die ältere Zeit hier nicht ſtrenger verfuhr, iſt eine Frage, die ich nur aufwerfen, nicht beantworten kann.[827b])

2. Der Conjunctiv. Er ſchließt ſich dem Imperativ inſofern an, als auch er eine Art des Befehls, aber in milderer, ſchonenderer Form enthält. So gebraucht ihn zunächſt der Senat. Seiner urſprünglichen Stellung nach kann der Senat nicht befehlen, ſondern nur begutachten, befürworten, anempfehlen, auffordern. Die entſprechende Form dafür war der Infinitiv (No. 3) und der Conjunctiv; jener, wie es ſcheint, mehr für die bloße Erklärung, dieſer mehr für die Aufforderung. Der Senat behielt dieſe beiden Formen auch dann noch bei, als er der Sache nach bereits eine geſetzgebende Gewalt erlangt hatte.[828]) Sodann gebraucht den Conjunctiv auch der Prätor in ſeinem Edict. Alle Verfügungen des prätoriſchen Edicts ſind, inſofern der Prätor nicht in erſter Perſon von dem ſpricht, was er ſelber thun werde (ſ. u.), im Conjunctiv gehalten. Denn der Prätor hat keine geſetzgebende Gewalt, und wenn er trotzdem Rechtsgrundſätze in dem Edict aufſtellt, ſo darf er ſie doch nicht in die Form des Geſetzes, d. h. den Imperativ kleiden. Wie die bonorum possessio ſich zur

827b) Die Form dato beim Damnationslegat, welche Ulp. XXIV, 4 mit der andern auf eine Linie ſtellt, begleitet Gajus II, 201 mit dem Zuſatz: sed et si dato scriptum est, per damnationem legatum est — meines Erachtens ein deutliches Zeichen ihres relativ neuen Urſprunges, ähnlich wie die in Note 826 erwähnte Äußerung.

828) Beiſpiele: SC. de Bacchanal. (das älteſte erhaltene): ne quis adesse velit. SC. de curator. aquarum (bei Frontin): uti darent, attribuerent, ut liceret, ne cui liceret. SC. de aedificiis non diruendis: ne quis domum dirueret, poenam inferri cogeretur, venditio irrita fieret. Ebenſo in den Municipalbecreten (Beiſpiele bei Haubold. monum. leg. S. 232). Nur in dem SC. Orphitianum (aus dem Jahre 178 n. Chr.) kommt die aus den Geſetzen hinübergenommene imperativiſche Wendung: jus antiquum esto vor, L. 1 § 9 ad SC. Tert. (38. 17), während das noch um einige Jahre ſpätere SC. Juncianum die alte Sprachweiſe beachtet. L. 28 § 4 de fidei c. lib. (40. 5).

hereditas verhält, so der Conjunctiv des Prätors zum Imperativ des Volks, d. h. der Sache nach leistet er dasselbe, aber die Art, wie er es thut, die Form, die Vorstellungsweise, die sich damit verknüpft, ist verschieden. Aus der reichen Zahl von Beispielen nenne ich folgende:[829])

1) exhibeas, restituas, satisdet, bona veneant.
2) ne quid facias, immittas, fiat, ne quis in jus vocet, vi eximat.
3) ut eant aut satisdent, ut solvat.

Sodann ist der Conjunctiv die Form des Entwurfs oder Antrages. Der Magistrat, der einen Gesetzentwurf oder irgend einen Antrag ans Volk bringt, leitet ihn ein mit den Worten: rogo, velitis, jubeatis, Quirites, oder vellent, juberent, dem dann der Antrag selbst durchweg in Form des Conjunctivs gehalten folgt.[830]) In derselben Weise bedient sich der Senat dem Magistrat gegenüber des Conjunctivs, indem er ihm den Entwurf der von ihm zu treffenden Verfügungen unterbreitet.

3. Der Infinitiv. Er ist die Form des Meinens, der Ansicht, Überzeugung, Erklärung, des Gutachtens, Urtheils. Darum findet er seine Hauptanwendung in den Senatsbeschlüssen.[831])

Auch das richterliche Urtheil kann außer der Form der Condemnation die des bloßen Ausspruches annehmen (B. 1 S. 173);

---

829) Eine ganze Blumenlese von Conjunctiven s. in L. 1 § 10 de ventre inspic. (25. 4). Die sprachlichen Wendungen des prätorischen Edicts hat Dernburg in den Festgaben für Heffter S. 93 u. fl. einer anregenden Untersuchung unterzogen, die, wenn auch meines Erachtens zunächst noch ohne festes, überzeugendes Resultat, doch der Forschung ein interessantes Ziel in Aussicht stellt.

830) Beispiele verschiedener Anträge bei Briss. II, c. 1.

831) Die Einleitungsphrasen placere, videri, curae fore, existimare, censere, arbitrari, aequum censere, judicare u. a. mit dem Accusativ cum Infinitiv bei Befehlen mit ut und ne, s. Briss. II, c. 73 und fl. Daß beide Formen ursprünglich ohne allen Unterschied gebraucht sein sollten, kann ich nicht glauben, vermag jedoch Bestimmtes darüber nicht anzugeben.

der dabei benutzte ſolenne Ausdruck iſt: videri.[832]) Ebenſo das Zeugniß, für welches der Ausdruck: arbitrari üblich war,[833]) und höchſt wahrſcheinlich wird man in älterer Zeit dieſe Form bei allen Arten von Gutachten beobachtet haben, z. B. bei den Reſponſen der Juriſten, Augurn, Fetialen, Pontifices u. ſ. w.[834])

4. Der Indicativ. Er iſt die Form der Behauptung, Erklärung, Verſicherung, Conſtatirung. Aber mit einem wohl zu beachtenden, ungemein feinen Unterſchiede. Wenn die Thatſache, welche der Sprechende behauptet, lediglich auf ſeiner ſubjectiven Überzeugung beruht, z. B. daß er Eigenthümer oder Gläubiger ſei, ſo kann er nicht ſagen: res mea est, te mihi dare oportet, ſondern nur: ajo rem meam esse, ajo te mihi dare oportere.[835]) Anders hingegen, wenn ſeine bloße Erklärung ausreicht, die beabſichtigte Wirkung objectiv hervorzurufen, oder wenn ſie ſeine eigene Handlung oder eine Thatſache, die vor ſeinen Augen geſchieht, conſtatiren, ohrenkundig machen ſoll. Hier ſpricht er kategoriſch, alſo z. B. praes sum, spondeo, hereditatem adeo cernoque, manum injicio, silentium est, dixere. Beſonders inſtructiv iſt in dieſer Beziehung die Formel der Mancipation. Die Behauptung des Empfängers,

---

832) Cic. Acad. prior. II, 47: majores voluerunt ... quae judices cognovissent, ea non ut esse facta sed ut videri pronuntiarent. Beiſpiele bei Briss. V, c. 218. Namentlich ſcheint im Sacramentsprozeß das Urtheil auf sacramentum (actoris, rei) justum videri gelautet zu haben. Keller Civilprozeß § 66 bezeichnet das videri bloß als „alt anſtändig".

833) Cic. pro Fontejo c. 9: illud verbum consideratissimum nostrae consuetudinis: arbitror, quo nos etiam tunc utimur, quum ea dicimus jurati quae comperti habemus, quae ipsi vidimus. Acad. prior. II, 47.

834) Daß man ſpäterhin ſich nicht an die Form band, iſt freilich unzweifelhaft, allein dies iſt für die ältere Zeit durchaus nicht maßgebend. Beiſpiele jener Reſponſen ſ. bei Briss. I, 211, 215, 218, II, 98, III, 88 u. a.

835) Die letztere Formel bei Val. Prob. de notis § 4, die erſtere bei Gaj. IV, 16.

daß er die Sache (um Geld) an sich genommen habe, lautet kategorisch und objectiv: est emtus, dagegen die damit verbundene, daß er jetzt Eigenthümer sei: ajo, rem meam esse, ähnlich wie die Formel im Vindicationsprozeß. Beides gleich logisch gedacht. Denn die Thatsache des Kaufes wird durch jene Erklärung objectiv hergestellt und constatirt, nicht aber die des Eigenthumserwerbes, sie ist vielmehr von dem Eigenthum in der Person des Gebers abhängig, der Erwerber kann rücksichtlich ihrer mithin nur eine subjective Überzeugung äußern.

5. Das Futurum in erster Person ist die Ausdrucksform der Absicht und die des Versprechens. Seine wichtigste und interessanteste Anwendung findet es im prätorischen Edicte; es ist, so zu sagen, das Monogramm des Prätors. Als Beispiel nenne ich: actionem, judicium, in integrum restitutionem, interdictum, bonorum possessionem dabo, non dabo, jubebo, pacta conventa servabo, ratum habebo, animadvertam, vetabo, cogam, permittam.[836]) Es kann nicht Zufall sein, daß der Prätor durchgehends in erster Person spricht. Warum nicht ein einziges Mal das Futurum in dritter Person, z. B. actio dabitur, pacta conventa servabuntur, ratum erit u. s. w.? Warum ferner stets das Futurum, warum nicht, wie anderwärts, die Wendung: ratum est? Läge hier nicht eine Absicht zu Grunde, es müßte wenigstens hie und da sich auch einmal eine andere Form eingeschlichen haben. Die Absicht ist nicht schwer zu errathen. Der Prätor hat keine legislative Gewalt, er konnte also z. B. nicht sagen: Die Pacta sollen gültig sein oder sind gültig. Was er vermochte, war bloß zu versprechen: er werde sie schützen, aufrecht halten und auch er nur während der Dauer seines Amtsjahres. Sein Nachfolger konnte das Edict ändern, und darum durfte er, wenn er nicht mehr versprechen wollte, als er zu halten vermochte, nur sagen: ich werde die Klage ertheilen

836) Das Präsens kommt fast nur in der im Edict aufgestellten Formel der Interdicte vor: vim fieri veto.

oder nicht ertheilen, die Verträge aufrecht halten u. s. w. So ist mithin diese stylistische Nüancirung ungemein prägnant; sie zeichnet wie mit einem Pinselstrich das ganze Wesen des prätorischen Rechts, den Zusammenhang desselben mit der Persönlichkeit des Redenden und seiner Amtsgewalt — das jus civile beruht auf der unpersönlichen lex, das prätorische Recht auf der Persönlichkeit des Prätors.[836a])

In den solennen Formeln des älteren Civilrechts hingegen hat umgekehrt das Futurum keinen Raum. Sie lauten sämmtlich auf das Präsens.[837]) Für die eigentlichen Legisactionen ist dies ausdrücklich bezeugt. Nulla legis actio, sagt Paulus,[838]) prodita est de futuro; es könnte ebenso gut heißen: in Futuro, im Futurum. Allein auch für die nicht-obligatorischen Rechtsgeschäfte (z. B. die mancipatio, in jure cessio, manumissio) ist dies außer allem Zweifel; es hängt mit einem Princip zusammen, das ich erst an einem späteren Orte (B. 4 § 53) näher begründen kann, nämlich mit dem Princip der Präsenz der Requisite und Wirkungen des Rechtsgeschäfts im Moment seines Abschlusses — jene müssen in diesem Moment bereits vorhanden

---

836a) Dirksen a. a. O. faßt die Sache folgendermaßen: „Noch mehr aber bestätigt sich der innige Zusammenhang der Edicta perpetua mit dem Gewohnheitsrecht dadurch, daß der Magistratus, welcher in seinem Edict jederzeit in der ersten Person von sich spricht, sich selbst nur als den Executor von Rechtsprincipien hinstellt, deren zureichende Begründung er stillschweigend voraussetzt, ohne eine bestimmte positive Quelle dafür anzuführen." Meines Erachtens sehr gesucht und unschlüssig! Das „Ich" des Prätors stellt die Persönlichkeit in den Vordergrund, gerade im Gegensatz zu der objectiven Regel des Gesetzes oder Gewohnheitsrechts, und wenn irgendwo, so ist hier mit dieser Betonung der Persönlichkeit mittelst eines Federstrichs der ganze Charakter der Institution selber gekennzeichnet worden.

837) So auch die römische Stipulationsform mit spondeo. Die abstractere an kein bestimmtes Wort gebundene Stipulation des jus gentium hingegen (S. 555) kann im Futurum geschlossen werden: dabis? dabo, facies? faciam.

838) Vat. frag. § 49.

ſein, dieſe mit ihm ſofort beginnen, das Rechtsgeſchäft kann weder anticipirt, noch ſuspendirt werden.

Es bleibt mir ſchließlich noch:

6. Die Form der Frage und Antwort. Für gewiſſe Gelegenheiten verſteht ſie ſich von ſelbſt, für andere Verhältniſſe hingegen iſt ihre Wahl Sache der Erwägung geweſen; es liegt ihr eine beſtimmte Abſicht zu Grunde, die wir zu ermitteln haben.

Wenn der Beklagte bei Beginn des Prozeſſes vor dem Prätor (in jure) aus eigenem Antriebe ein für den Kläger wichtiges Geſtändniß ablegte, ſo hatte dies nicht die Kraft einer confessio in jure: er mußte gefragt ſein (interrogatio in jure).[839] Warum? Das Geſtändniß als ſolches iſt etwas Beziehungsloſes; ſoll daſſelbe eine Beziehung auf dieſen Kläger erhalten, ſo muß dies durch eine Handlung von ſeiner Seite vermittelt werden. Dies geſchieht durch die Frage. Jetzt iſt das Geſtändniß ihm abgelegt (in personam, nicht bloß in rem).

Ebenſo bei dem Verſprechen. Und zwar mag es ſo ſcheinen, als ob die beabſichtigte Richtung des Verſprechens auf dieſen Gläubiger ſchon vollſtändig dadurch an den Tag gelegt werde, daß die Leiſtung an ihn erfolgen ſolle, einerlei ob das Verſprechen ihm gegenüber abgelegt ſei. Allein dann hätte es auch als confessio in jure gelten müſſen, wenn der Beklagte ungefragt geſtanden hätte, daß er dieſen Kläger beſtohlen oder von ihm etwas erhalten habe. Die bloße Beziehung des Inhalts der Ausſage auf ihn genügt nicht, die Beziehung muß hier wie dort durch eine Willenserklärung des Gläubigers hergeſtellt werden.

Allein warum kann dies in beiden Fällen nicht durch Acceptation geſchehen? Ein acceptirtes Geſtändniß oder Ver-

839) Dies geht hervor aus der Art, wie Ulpian in L. 9 pr. de interr. (11. 1) ſich äußert: si sine interrogatione quis responderit se heredem pro interrogato habetur. Ein Beiſpiel einer Frage aus dem Legisactionenprozeß bei Gaj. IV, 16: postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris.

ſprechen, ſollte man ſagen, ſtände einem auf Grund der Frage abgelegten völlig gleich. Die Antwort iſt: weil der, welcher erwerben will und ſpäter möglicherweiſe klagen muß, die Initiative ergreifen muß.[840]) Bei Akten, bei denen die Handlung des einen Theils genügt wie bei der Mancipation und der gerichtlichen Abtretung, der andere ſich aber auf eine paſſive Aſſiſtenz beſchränken kann, bedarf es aus dieſem Grunde der Frage nicht. Anders aber, wenn der Akt eine Erklärung des zu Verpflichtenden erfordert, und zwar eine ſolche, die ihm von dem Gegner nicht anbefohlen werden kann. Hier hat letzterer die Erklärung zu formuliren und ihm vorzulegen[841]) und zwar in Form der Frage, weil dieſe Form, indem ſie die Möglichkeit der Bejahung oder Verneinung offen läßt, implicite die Freiheit des andern Theils anerkennt, während der Befehl ſeiner Idee nach dieſe Freiheit ausſchließt, mithin nur da am Platz iſt, wo der Andere ihn befolgen muß.

Die Anwendbarkeit der Frage war begreiflicherweiſe auf die obigen beiden Fälle der interrogatio in jure und der stipulatio nicht beſchränkt. Es hat aber kein Intereſſe, die ſämmtlichen oder auch nur die Hauptfälle aufzuführen, ich beſchränke mich auf die Bemerkung, daß bei ihnen allen der obige Geſichtspunkt ſich zu wiederholen ſcheint, daß nämlich, wer von dem Andern etwas erreichen will, mittelſt der Frage die Initiative ergreift, ſei das zu erreichende eine bloße Meldung, Ausſage, wie bei der Frage des Magiſtrats an den Augur, oder eine Autoriſation, wie bei der

840) Die Begründung dieſes Geſetzes der Initiative an anderer Stelle. Als Beiſpiel diene die stipulatio, in jure cessio, mancipatio; ſelbſt bei der Teſtamentserrichtung ſpricht zuerſt der familiae emtor und erſt nach ihm der Teſtator. Es iſt der nur formelle Ausdruck dieſes Grundſatzes, daß die römiſche demonstratio in allen Beiſpielen, welche Gajus (IV, 40, 47, 59, 136, 137) mittheilt, ſtets auf die zur Begründung der Obligation erforderliche Thätigkeit des Klägers (deposuit, stipulatus est, vendidit), nie auf die dazu ebenſo weſentliche des Beklagten lautet.

841) Damit hängt die Interpretationsregel in L. 39 de pact. (2. 14) und L. 38 § 18 de V. O. (45. 1) zuſammen.

des Fetialen an den König[842]) oder, wie in den eben angegebenen Fällen, eine Verpflichtung des anderen Theils.

Die Form der Bitte war die entſprechende Ausdrucksform für rechtlich nicht verbindliche Auflagen; einen Anwendungsfall enthielten die Fideicommiſſe, bevor ſie klagbar wurden.

## 2. Die juriſtiſche Syntax.

Die rechte logiſche Reihenfolge der Worte und Satztheile feſtzuſtellen iſt ein Problem, mit dem das klaſſiſche Alterthum ſich vielfach beſchäftigt hat. Es konnte nicht ausbleiben, daß auch die alten Juriſten bei der Abfaſſung der Formeln auf dieſe Frage geführt wurden. Ihre Antwort darauf iſt uns aufbewahrt, ſie liegt in den uns erhaltenen Formeln. Aber freilich bedarf es erſt eines Suchens, um ſie zu finden.

Nach dem Vorbilde der Syntax haben wir die Stellung der einzelnen Worte und die der einzelnen Satztheile ins Auge zu faſſen. Über erſtere habe ich wenig zu ſagen, da es nicht meine Abſicht ſein kann, mich auf das Gebiet rein grammatikaliſcher für meine Zwecke werthloſer Unterſuchungen zu verlieren. Ich beſchränke mich auf folgende abgeriſſene Bemerkungen.[843])

Wenn mehrere einzelne Arten eines Gattungsbegriffs aufgeführt werden, die aus verſchiedenen Zeiten datiren, im übrigen aber ſich gleichſtehen, ſo wird die chronologiſche Reihenfolge derſelben inne gehalten, alſo z. B. die lex vor dem Ple-

842) L. I, 24. Jubesne me, Rex, ... foedus ferire ... facisne me tu regium nuntium u. ſ. w.? Ob nicht auch die tutoris auctoritas früher durch eine eigene darauf gerichtete Frage hervorgerufen werden mußte, laſſe ich dahin geſtellt, es ſcheint aus L. 3 de auct. 26. 8. Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus hervorzugehen.

843) Daß bei der Anrufung einer Perſon (z. B. der Götter, Cato de re rust. c. 132, 134. Liv. I, 18. VIII, 9) der Name gleich am Anfang genannt wird, und daß eben ſo die Formula mit der Nennung des Richters (M. M. judex esto) beginnt, verdient kaum der Hervorhebung.

biſcit, beide zuſammen vor den Senatsbeſchlüſſen, letztere vor den Conſtitutionen der Kaiſer genannt.[844]) Wie ſehr dies in der Weiſe der Römer gelegen haben muß, geht daraus hervor, daß eine bei den römiſchen Archäologen ganz verbreitete Anſicht den Grund, warum bei Anrufung mehrerer Götter Janus die erſte Stelle einnehme, darin finden wollte, daß er der älteſte geweſen ſei. Ob dieſe Anſicht richtig, ob nicht umgekehrt die letztere Annahme bloß jener Erklärung zu Liebe aufgeſtellt worden iſt, will ich nicht entſcheiden,[845]) für unſern Zweck genügt die bloße Anſicht.

Auch der Aberglaube hatte an der Ordnung, in der man die verſchiedenen Namen aufzählte, ſeinen Antheil. Auf Namen glücklicher Vorbedeutung legte man in Rom bekanntlich einen hohen Werth; die Träger derſelben waren bei Gelegenheiten, wo man ſich durch dieſe Rückſicht bei der Wahl leiten laſſen konnte, geſuchte Artikel.[847]) Aus dieſem Grunde rief man bei Enrolirung der Mannſchaft die Namen, die eine gute kriegeriſche Vorbedeutung hatten, zuerſt auf, nämlich die der Valerii (d. i. „Kräftigen" von valere) und Statorii (die „Standhalter"), und waren keine da, ſo wurden in ächt römiſcher Weiſe — welche fingirt.[848])

---

844) Ich verweiſe auf die ſtehende Formel lex sive Plebiscitum und ſodann auf L. 7 § 7 de pact. (2. 14) . . adversus leges, Plebiscita, SCa, edicta principum. L. 1 § 8 de post. (3. 1) lege, plebiscito, senatus consulto, edicto, decreto principum . . L. 1 § 1 i. f. ex quib. causis (4. 6) u. a. Plinius H. N. XXXIII, 8 ... qua de causa et nunc (equester ordo) post populum scribitur, quia novissime coeptus est adjici.

845) Man hatte auch andere Deutungen allegoriſcher Art, die ebenfalls bei der bekannten Weiſe der Römer große innere Wahrſcheinlichkeit haben, z. B. daß Janus als Pförtner den Bitten den Eingang öffnen ſolle. Die ſämmtlichen Belegſtellen ſ. bei Briss. l, c. 75.

847) So z. B. um das Opferthier zu führen. Plin. H. N. XXVIII, 5.

848) Schol. Bob. ad orat. pro Scauro § 30 (Orelli II, p. 374) necesse enim erat, ut haec nomina prima essent in exercitu propter omen. Cic. de nat. deor. II, 27. Cum in omnibus rebus maximam vim haberent prima et extrema. Darum begann man auch die cenſoriſchen

Nach einem Bericht von Plinius war sogar in einem Fall die Ordnung der Worte durch ein Gesetz ausdrücklich bestimmt.[849]) Der Magistrat sollte nämlich bei Verhängung einer Brüche zuerst die Schaafe und dann die Rinder nennen, und darin will jener Schriftsteller einen Beweis von Milde der älteren Gesetze finden. So lauten seine Worte, allein es ist offenbar, daß dieselben etwas anderes sagen sollen, oder daß sie etwas Verkehrtes enthalten. Das Richtige schimmert deutlich durch. Jene Ordnung bezog sich auf die Steigerung der Brüche bei fortgesetzter Halsstarrigkeit. Der Magistrat sollte mit dem niedrigsten Satz: dem Schaaf beginnen und erst, wenn diese Strafe sich als unausreichend erwiesen hatte, in Rindern brüchen.[850])

Von ungleich höherem Interesse als die Reihenfolge der einzelnen Worte ist die der einzelnen Satztheile oder die logische Gliederung des Gedankens. Das einfache Princip dieser Anordnung besteht darin: was nach Regeln der Logik und zwar der auf die Rechtsbegriffe angewandten, vorangeht, nimmt in der Formel die erste,[851]) was nachfolgt, die zweite Stelle ein. Darum geht der eigentlichen Disposition voran:

1. die Beschreibung des Gegenstandes oder des Verhältnisses. Als bekannteſten Anwendungsfall nenne ich die demonstratio der Formula:

Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur — quidquid ob eam rem (in den älteren

---

Verpachtungen mit dem lacus Lucrinus (wegen der Allusion an lucrum!) Fest. Lacus Lucr. (Müller p. 121), und die Ausverdingungen mit der der Fütterung der rettenden capitolinischen Gänse. Plinius H. N. X. 26.

849) Plin. H. N. XVIII, 3.

850) So ist Gellius XI, 1 über die multa minima und suprema mit Plinius zu combiniren. Niebuhr Röm. Gesch. B. 2 Aufl. 3. S. 341. Die Ansicht ist jetzt genauer begründet von Huschke in seiner Schrift, Die Multa und das Sacramentum, Leipzig 1874.

851) Damit hängt auch die Stellung der praescriptiones pro reo (Keller Röm. Civilprozeß § 43) am Anfang der Formel zusammen.

biſcit, beit
Conſtitut
Weiſe d
eine bei
Grund,
Stelle
ſei. S
nahme
ich ni
Anſic

die
glüc
hoh
ma
ge
ru
b
ti
r

erunt, deliquerunt (ſ. g. fundamentum remotum) quod R. Q. bellum cum . . . jussit esse (ſ. g. fundamentum oximum) . . . ob eam rem . . . bellum indico facioque. v. I, 32.

4. Die Bedingung. Die ganze Dispoſition iſt nur für Fall beabſichtigt, daß die Bedingung eintritt; wer über jene kennen hat, muß ſich erſt des Eintritts dieſer vergewiſſern, Voranſtellung der Bedingung zeichnet ihm alſo logiſch den g vor, den er bei der Unterſuchung einzuhalten hat.

Dieſe logiſch nothwendige Stellung der Bedingung kehrt er, ſoweit ich habe vergleichen können, überall wieder. Als iſpiele verſchiedener Geſchäfte nenne ich folgende:

Das Votum: Si bellum . . confectum erit, tum u. ſ. w. Liv. XXXVI, 2.[853])

Die Verwünſchung bei Abſchluß des Födus: Si prior deficit . . tu . . Jupiter populum Rom. sic ferito u. ſ. w. Liv. I, 24.

Die Intentio in der Inſtruction an den Richter: Si paret, N. N. Ao Ao centum dare debere, condemna, si non paret, absolve. Gaj. IV, 41, 43[854]) und die angeblich älteſte Formel bei Liv. I, 26.

---

853) Eine ganze Blumenleſe bei Briss. I, c. 159 und fl. Die bei den Dichtern vorkommenden Vota eigener Fabrication können natürlich nicht mit in Betracht kommen, obgleich auch ſie regelmäßig die Bedingung voranſtellen.

854) Ich benutze dieſe Gelegenheit, um auf einen für die ſcharfe Faſſung der Formeln recht lehrreichen Beleg aufmerkſam zu machen. Enthält nämlich nicht das: si non paret absolve einen Pleonasmus? verſtand es ſich nicht von ſelbſt, daß der Richter zu abſolviren hatte, wenn die Bedingung der Condemnation, das si paret nicht eingetreten war? Für uns wohl, und ebenſo dachten die ſpäteren römiſchen Juriſten (L. 37 de R. J. . 17. L. 3 de re jud. 42. 1), allein die früheren verlangten, daß dies aus- hervorgehoben werde, denn das Gegentheil von si paret, condemna kommen nicht das poſitive: absolve, ſondern das negative: ne nd bei den Quäſtiones perpetuä beſtand längere Zeit hindurch e Möglichkeit: die Erklärung des »non liquet«. Darin be-

Die Erbeseinſetzung und ſämmtliche bedingte Dispoſitionen des Teſtaments. Gaj. II, 179, 235. L. 40 § 3, 8 de statulib. (40. 7).[855])

Dagegen gehen nach:

1. die Beſchränkung, die Auflage. Darum findet bei Beſtellung der Servitut durch deductio die Servitut als eine Beſchränkung des Eigenthums ihre Stelle hinter dem auf Gewährung des Eigenthums gerichteten Paſſus:

ajo hunc fundum meum esse . . deducto usufructu. Vat. fr. § 50.

Aus demſelben Grunde konnte auch das Legat nur hinter der Erbeseinſetzung Platz finden, denn es enthält eine Verminderung der Erbſchaft,[856]) und eben darum meinten diejenigen Juriſten, welche dieſen Geſichtspunkt für den entſcheidenden anſahen (Note 861), daß die tutoris datio vor der Erbeseinſetzung ſtehen dürfe, da ſie mit der Erbſchaft nichts zu ſchaffen habe.[857]) Ein anderes Beiſpiel, das ich jedoch erſt bei einer andern Gelegenheit klar machen kann, gewährt die cretio:

Titius heres esto, cernitoque etc. Ulp. XXII, 33.

2. Die Ausnahme. Der bei weitem wichtigſte Anwendungsfall iſt die Stellung der exceptio in der Formula. Wer mit mir die Überzeugung theilt, daß über Fragen der juriſtiſchen Syntax nicht ſtyliſtiſche Rückſichten,[858]) ſondern nur die Geſetze

---

ruhte auch vielleicht die Nothwendigkeit der ausdrücklichen exheredatio bei der bedingten heredis institutio eines suus heres, was ich hier nicht weiter ausführen kann. Nur wo beim Nichteintritt der Bedingung lediglich die bedingt geſetzte Folge ausfallen ſoll (z. B. si fecerim, spondesne centum dare), bedarf es der ausdrücklichen Hervorhebung nicht; die reine Negation verſteht ſich von ſelbſt.

855) Viele andere Belege bei Briss. VII, c. 62 u. a. a. St.

856) Delibatio hereditatis, L. 116 pr. de leg. I. (30).

857) Gaj. II, 231 . . . quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.

858) Wie Savigny Syſtem V § 226 Note I glaubt, indem er gegen

der logiſchen Ordnung entſchieden, kann darüber nicht zweifelhaft ſein, daß die exceptio an das Ende der intentio gehörte. An das Ende der condemnatio geſetzt[859]) hätte ſie geſagt: erſt condemnire, o Richter, und dann unterſuche, ob nicht eine Ausnahme vorliegt.

3. Der Zweck. Ich nenne die bekannte Eidesformel:

se uxorem liberorum quaerendorum causa habere.

Gell. IV, 3.

4. Die acceſſoriſche Dispoſition. Von den verſchiedenen Dispoſitionen eines Geſchäfts iſt diejenige zuerſt zu nennen, von deren Gültigkeit und Beſtand alle andern abhängen. Damit das Legat zu Recht beſtehe, muß vorher die Erbſchaft angetreten ſein, die Frage nach den Legataren kann erſt aufgeworfen werden, wenn die nach dem Erben erledigt iſt; es muß alſo im Teſtament die Erbeseinſetzung den Legaten und allen übrigen Dispoſitionen vorausgehen.[860]) Ebenſo kann eine Pupillarſub-

---

die im Text vertheidigte Stellung den Einwand des „unbehülflichen und undeutlichen Ausdrucks" geltend macht.

859) Was Savigny ſchlechthin will und Keller Röm. Civilproz. § 34 Note 370 wenigſtens für möglich hält. Die lex Rubria c. 20, die er anführt, beweiſt dies nicht, denn die condemnatio ſteht in der von ihr aufgeſtellten Formel ganz am Ende (C. S. N. P. A. d. h. Condemna, Si Non Paret Absolve). Der Schein des Gegentheils iſt durch die Auflöſung von E. J. in eum jube veranlaßt — eine Auflöſung, die aus mehreren, ziemlich auf der Hand liegenden Gründen unmöglich iſt. — Darum kann auch die deductio bei der Klage des bonorum emptor unmöglich hinter der condemnatio geſtanden haben, wohin Dernburg, Über die emtio bonorum S. 142 und Die Compenſation Aufl. 1 S. 54 ſie ſtellt (in der zweiten Aufl. der letzteren Schrift hat er S. 42 nach v. Scheurl Beiträge I S. 155 ſeinen Irrthum berichtigt). Es hätte geheißen: Richter, verurtheile erſt den Beklagten auf das Ganze und hinterher ziehe ab!

860) Gaj. II, 229. — Ante heredis institutionem inutiliter legatur, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio § 230 (libertas) § 231 (tutoris datio). Auch die exheredatio konnte früher erſt nach der hered. institutio geſchehen, bis Trajan das Gegentheil erlaubte, L. 1 pr. de hered. inst. (28. 5).

stitution nur angeordnet werden, nachdem der Testator sich selber den Erben ernannt hat.[860a]) Eben darum war auch die Ansicht der Proculejaner,[861]) daß die tutoris datio ihren Platz vor der Erbeseinsetzung finden könne, im Geist des ältern Rechts entschieden zu verwerfen; sie wurzelte in der einseitigen Geltendmachung des oben (Note 857) angedeuteten Gesichtspunktes.

Wenn ein Testator seinen Sklaven im Testament zugleich freilassen und zum alleinigen Erben einsetzen wollte, welche von beiden Dispositionen hatte er zuerst zu treffen?

Um Erbe zu werden, mußte der Sklave vorher frei sein; um frei zu werden, mußte die Erbschaft angetreten sein. Es war ein Cirkel, aus dem es keinen Ausweg gab, eine logische Sackgasse, und wäre nicht am Ende die Rücksicht auf das praktische Interesse in den alten Juristen doch noch stärker gewesen als alle Macht der Sophistik, sie würden jene Disposition für unmöglich haben erklären müssen. Sie halfen sich, indem sie die beiden Verfügungen in einem Satz zusammenfaßten, die Verwirklichung also als gleichzeitig zu denkend bezeichneten.[861a])

Die bisherige Untersuchung kann als erster in dieser Richtung unternommener Versuch unmöglich auf Vollständigkeit Anspruch machen; ein Gebiet, das schon dem ersten Anlauf eine so reiche Ausbeute gewährte, schließt jedenfalls noch eine Menge ungehobener Schätze in sich,[861b]) und ich kann nur wünschen, daß

---

860a) Das Gegentheil bezeichnet der Jurist in L. 2 § 4 de vulg. subst. (28. 6) als »convertere ordinem scripturae«.

861) Gaj. II, 231.

861a) Gaj. II, 186 .. simul et liber et heres esse juberi debet, wobei dann die Voranstellung der einen oder andern Verfügung gleichgültig sei. Darauf bezieht sich die Regel, welche Alfenus Varus in L. 14 de pec. leg. (33. 8) aufstellt: in conjunctionibus (d. h. in den zur Einheit verbundenen Verfügungen) ordinem nullum esse neque quicquam interesse, utrum eorum primum diceretur aut scriberetur.

861b) Ich unterdrücke selber einige abgerissene Beobachtungen, für die ich keine rechte Stelle habe finden können, jedoch möge folgende hier Platz finden. Warum lautet die Formel des Vindicationslegats: capito, sumito,

mein Beiſpiel dazu beitragen möge, die hiſtoriſchen Forſchungen mehr als bisher auf dieſen ſo völlig vernachläſſigten Punkt zu richten.[861c]) Daran würde ſie einen ungleich würdigeren und dankbareren Gegenſtand beſitzen als an der heutzutage faſt zu einer Modekrankheit der Rechtshiſtoriker gewordenen Unſitte des Reconſtruirens römiſcher Klagformeln. Wenn man bedenkt, wie lückenhaft und völlig unvollkommen zur Zeit noch unſere Kenntniß der Geſetze dieſes Zweiges der altjuriſtiſchen Kunſt beſchaffen iſt, und wie wenig unſer modernes Auge die Schärfe oder Übung beſitzt, die Feinheiten derſelben wahrzunehmen, ſo daß ſelbſt unſern größten Meiſtern Verſtöße der allergröbſten Art begegnen konnten,[861d]) ſo wird man derartigen zum großen Theil aus wiſſen-

---

habeto, die des Damnationslegats: dato, facito? Hätten ſie nicht umgekehrt lauten können? Nein! Die Obligation geht auf eine Leiſtung, ein dare, facere des Schuldners, der Eigenthumserwerb beſteht nach römiſcher Anſicht in einem Nehmen des Erwerbers (B. 1 S. 110), einem capere, sumere, darum lautete die eine Formel auf eine Handlung des Erben, die andere auf eine des Legatars, ohne des Erben zu erwähnen (ſo wie ja auch die der mancipatio und in jure cessio des bisherigen Eigenthümers nicht gedenkt).

861c) [913] Ich möchte ihn insbeſondere auch der Aufmerkſamkeit der Philologen empfehlen. Wo fänden dieſelben z. B. eine ſo abſichtliche Unterſcheidung der Conjunctionen quod und quando als in den vier Formeln der cognitoris datio bei Gaj. IV, 83, von denen die beiden des Klägers ſich der einen, die des Beklagten ſich der andern bedienen. (Vergl. auch die beiden Beiſpiele auf S. 618.) Ich bin feſt überzeugt, daß die begriffliche Nüancirung der Conjunctionen quod, quum, quoniam, quando, si u. ſ. w. nirgends ſo beachtet und folglich auch zu beobachten iſt als in den alten juriſtiſchen Formeln.

861d) [915] So z. B. ſtellt Savigny die exceptio hinter die condemnatio (Note 859) — eine Inſtruction an den Richter, die um nichts beſſer iſt, als wenn ein General einem Officier befehlen würde, einen Spion erſt aufzuhängen und dann zu unterſuchen, ob er auch wirklich Spion geweſen ſei, in dieſem Fall ihn aber nicht aufzuhängen. Puchta (Curſus der Inſt. II § 161 Note o) gibt als Formel, wodurch der Prätor die Parteien zum manus conserere bei Grundſtücken aufforderte, folgende an: suis utrisque superstitibus praesentibus vindicias sumite, inite viam. Statt der geſperrten Worte hat Cic. pro Mur. 12, dem die Formel entnommen

schaftlicher Prunksucht und Schaustellung hervorgehenden Versuchen schwerlich einen großen Werth für die Wissenschaft beilegen können, vielmehr sich durch sie nur in der hausbackenen Wahrheit

---

ist: istam viam dico, die aber Claconius (»satis ingeniose e Festo«. Orelli ad h. l.) mit jenen vertauscht, worin er an Puchta einen Nachfolger gefunden hat. Wer die Formel bei letzterem liest, muß sie für eine ächte halten, sie wird mitgetheilt mit Angabe der Quellenbelege und ohne weitere Warnung. Der Umstand, daß ein Mann wie Puchta jene Worte nicht sofort für unmöglich erkannte, liefert einen frappanten Beweis dafür, wie wenig wir uns noch in das römische Formelwesen hineingedacht haben; sie enthalten einen Verstoß gegen die einfachste Bauernlogik — jeder Römer würde den Prätor verlacht haben, der ihm befohlen hätte, zuerst die Scholle zu holen und dann sich auf den Weg zu machen! Einen gleichen Verstoß, den ich wohl nicht erst zu erläutern brauche, begeht Puchta in seinen Pandekten § 504 mit seiner „Setzung eines Termins der Erklärung als Bedingung der Einsetzung" (also etwa so: si intra dies 100 creveris, heres esto!). Andere Beispiele s. Note 859 (Dernburg, Stellung der deductio hinter die condemnatio); S. 605 (Huschke; Gebrauch des Imperativ bei einer Handlung, die der Sprechende selber vorzunehmen hat); B. 4 § 52 Note 96 (Keller und Rudorff, Construction der act. negatoria und confessoria in einer Weise, daß jene mit Erfolg auch vom Nichteigenthümer, diese aber von dem wirklich Berechtigten nur gegen den Eigenthümer hätte angestellt werden können). B. 4 S. 58 Note 44 (Rudorff, Construction einer act. in factum für die uralte act. furti). S. auch das von Bruns, Zeitschrift für R. G. I S. 44 angeführte Beispiel einer Reconstruction der Formel der act. de constituto von Noodt und Haubold, welches darauf hinausläuft, daß der Prätor diese Klage dem Berechtigten dann zu geben verspricht, wenn er vorher den Beweis des constitutum erbracht hat (si appareat, judicium dabo). Ich habe mich bei dieser Auswahl nur auf die Tonangeber in unserer Wissenschaft beschränkt, die dann freilich von ihren Jüngeren überboten worden sind. Da findet sich z. B. bei Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen 1863 S. 42 eine actio pro socio mit der demonstratio: »quod Servilius (der Beklagte) socius est«, an der nichts richtig ist als die Conjunction quod! Denn 1. lautet jede der uns erhaltenen demonstrationes auf die Person des Klägers und aus gutem Grunde (Note 840), sodann 2. gebraucht jede das Perfectum, ebenfalls aus gutem Grunde, denn das Schuldigsein und das »socium esse« kann man nicht beweisen, sondern nur den in der Vergangenheit liegenden Abschluß des Contracts. Doch genug der Proben!

bestärken lassen, daß man eine Kunst, bevor man sie übe, erst kennen müsse.

### 3. Das Gesetz der Correspondenz der Form.

Zu den bisher erörterten Gesichtspunkten und Regeln, die das Rechtsgeschäft für sich allein, als einzelnen selbständigen Willensakt betreffen, gesellt sich als ein die Form desselben bestimmendes Motiv noch die innere Beziehung hinzu, in der dasselbe zu verwandten rechtlichen Thatsachen steht.

Wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld erläßt, so ist dieser Erlaß zwar ein einzelner, selbständiger Akt, allein er steht in einem nothwendigen, innerlichen Bezug zu der Schuld selber. Dasselbe gilt von der Klage; auch sie steht und fällt mit dem Recht, das sie verfolgt, also in letzter Linie mit dem Akt, durch welchen dasselbe angeblich ins Leben gerufen ist. Gehen wir weiter zurück, so weisen alle diese drei Akte: Begründung, Aufhebung und gerichtliche Geltendmachung des Rechts wiederum auf das objective Recht zurück.

So knüpft sich also zwischen den einzelnen Rechtsgeschäften untereinander und zwischen ihnen und den Rechtssätzen und Rechtsbegriffen ein Band innerlich nothwendiger Beziehungen, und das römische Recht hat dem Vorhandensein dieser Beziehungen in der Form und Formel der einzelnen Akte einen morphologischen Ausdruck gegeben. Nicht in der rein äußerlichen, ich möchte sagen rohen Weise, daß diese Beziehung des einen Akts oder Begriffs zum andern in der Formel bloß erwähnt wird; dies ist in den meisten Fällen gar nicht anders möglich — wie könnte man z. B. eine Schuld erlassen oder einklagen, ohne sie selbst, d. h. ihre Entstehung namhaft zu machen? Sondern der Einfluß, den dies Moment auf die Formel oder allgemeiner: auf die Form ausübt, ist ein ungleich feinerer, er ist wirklich morphologischer Art, d. h. die Form oder die Formel legt durch ihren ganzen Zuschnitt Zeugniß ab von der Beziehung, die zwischen beiden Geschäften oder Thatsachen obwaltet. Es ist ein neuer Beleg für eine Be-

obachtung, die ich oben (S. 485) in Bezug auf die Gestaltung der römischen Formeln constatirt und dort als Parallelismus der Begriffe und Formen bezeichnet habe, ich nenne ihn das Gesetz der Correspondenz der Form.

Wäre es nöthig, die einzelnen Anwendungsfälle desselben nach streng logischer Ordnung zu gruppiren, so müßte ich mit der Correspondenz zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Recht im objectiven Sinn beginnen. Allein es scheint mir angemessener, diejenige Ordnung zu wählen, welche den Leser am leichtesten und bequemsten in die Sache einführt, und aus diesem Grunde möge die erste Stelle einnehmen:

1. die Correspondenz zwischen den Begründungs- und Aufhebungsformen der Rechtsverhältnisse.

Während wir bei den späteren römischen Juristen kein einziges der von mir bisher entwickelten Gesetze der Form ausdrücklich hervorgehoben finden, verhält es sich mit dem gegenwärtigen anders. Und in der That konnte sich dasselbe ihrer Beobachtung kaum entziehen, da es mehr als irgend ein anderes in die Augen sprang. Sie drücken es aus: nichts sei so sehr der Natur der Sache entsprechend, als daß etwas auf dieselbe Weise untergehe, wie es entstanden sei.[862]) Dasselbe hatte aber nach der Art, wie die altrömische Jurisprudenz es gehandhabt hat, nur eine formelle Wahrheit, d. h. nur die Formen und Formeln der Aufhebung des Rechts entsprachen denen seiner Begründung, der Versuch der spätern Juristen, demselben auch eine materielle Wahrheit zu vindiciren,[862a]) war von vornherein verfehlt. Anwendungsfälle desselben sind folgende:[862b])

---

862) L. 35 de R. J. (50. 17) Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est, L. 153 ibid. s. S. 380 Note 523.

862a) Wie in L. 46 de A. P. 41. 2 (Anwendung auf Besitz) und in L. 35 de R. J. cit., wo der Jurist den Parallelismus zwischen den Entstehungsgründen der Obligationen (re, verbis, consensu) und ihren Tilgungsarten behauptet. Wenn Kuntze, Krit. Vierteljahrsschr. IX. S. 522 „die Herrschaft des alten Satzes vom contrarius actus« auch darauf erstreckt,

Der Widerruf des Legats (ademtio legati) von Seiten des Teſtators kann nicht mit beliebigen Worten, ſondern nur mittelſt »verba contraria« geſchehen, d. h. durch Wiederholung der Worte der Errichtung mit hinzugefügter Negation, alſo z. B. beim Vindicationslegat (do, lego) mit non do, non lego, beim Damnationslegat (damnas esto dare) mit damnas ne esto, bei der Freilaſſung des Sklaven (liber esto) mit liber ne esto.[863])

Die Aufhebung einer Nexusſchuld konnte nur durch einen der Errichtung derſelben correſpondirenden Akt: nexi solutio, liberatio erfolgen. Der Schuldner, der wirklich gezahlt hatte, aber ohne jene Form zu beobachten, blieb verhaftet, während er umgekehrt auch ohne reelle Zahlung frei ward, wenn der Gläubiger ihn in Form dieſer Scheinzahlung liberirt hatte.

Die ſolenne Form des Erlaſſes einer Stipulationsſchuld und ausſchließlich auf letztere beſchränkt[864]) war die Acceptilation, das directe Gegenſtück der Stipulation. Hier wie dort ward das Geſchäft durch ſolenne Worte und in Frageform abgeſchloſſen, aber mit einer Umkehrung beider. Bei der Stipulation fragte der Gläubiger und antwortete der Schuldner, hier fragte umgekehrt dieſer (acceptum habes?) und antwortete jener (acceptum habeo). Inwiefern dieſe auf „Erhalten haben" geſtellte Faſſung

---

ſo beneide ich ihn nicht um die verzweifelten Anſtrengungen, zu denen er ſich zu dem Zwecke genöthigt ſieht, z. B. bei den Conſenſualcontracten ſei der Zahlungsakt regelmäßig mit mutuus dissensus verbunden, als ob die Erreichung des Zweckes der Obligation identiſch ſei mit der Aufgabe desſelben.

862b) Aus demheutigen Recht läßt ſich als Beiſpiel die Aufhebung der Wechſelſchuld nennen. Kuntze, Deutſches Wechſelrecht S. 61.

863) Ulp. XXIV, 29. pr. I. de ademt. leg. (2. 21) L. 13 § ult. de statul. (40. 7). Anders bei dem an eine Form nicht gebundenen, erſt dem neueren Recht angehörigen Fideicommiß: L. 18 de leg. III (32), L. 27 Cod. de fideic. (6. 42).

864) L. 8 § 3 de acc. (46. 4): Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est. Acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit, neque enim verbis potest tolli, quod non verbis contractum est.

der Acceptilation gegensätzlich der Stipulation entspricht, kann nur in einem andern Zusammenhange (B. 4 Abth. 2) klar gemacht werden.

Dasselbe galt für den Literalcontract. Ein im Hausbuch (codices accepti et expensi) eingetragener Posten (nomen) mußte im Hausbuch wieder gelöscht werden. Die Eintragung war auf die Hingabe (expensum) gestellt, folglich die Löschung auf das Erhalten (acceptum); beim Schuldner umgekehrt.

Die Dürftigkeit unserer Nachrichten verhindert uns zu entscheiden, ob dieser Grundsatz nicht noch weitere Anwendung fand, ob z. B. nicht die Auflösung einer confarreirten Ehe (diffarreatio) der Eingehung derselben, die exauguratio der inauguratio u. s. w. entsprochen habe.[865])

2. Correspondenz zwischen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts.

Ich brauche nicht daran zu erinnern, daß der Grundsatz nur auf Rechtsgeschäfte Anwendung findet, also nicht auf Delictsobligationen, Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung u. s. w.

Fassen wir zunächst die Eigenthumsklage ins Auge, so kehrt das Charakteristische der Form der Mancipation bei ihr in einer Weise wieder, welche die Annahme einer Absicht außer allen Zweifel setzt. Jenes Charakteristische lag in dem Ergreifen der Sache und in der Formel: ajo rem meam esse (S. 538). Letztere ist für die Vindication wörtlich dieselbe, und ebenso wiederholt sich bei ihr auch das Ergreifen der Sache (S. 574). Dasselbe gilt für die act. confessoria und negatoria.[866])

865) Otto jurispr. symb. p. 485 gibt noch einen historisch beglaubigten Anwendungsfall an, nämlich den, daß wie die Gründung, so auch die Zerstörung der Städte durch den Pflug zu geschehen pflegte, s. Serv. ad Aen. IV, 212 nam ideo ad exaugurandas et diruendas civitates aratrum adhibitum, ut eodem ritu quo condita, subvertatur. Der Grundsatz wird wahrscheinlich wenn nicht seinen Ursprung, so doch eines seiner ältesten Anwendungsgebiete im religiösen Ritus gehabt haben.

866) L. 20 pr. de S. P. R. (8. 3). Si . . (con)cesseris . . uti frui eo jus esse, deinde ego (con)cessero, jus mihi uti frui non esse.

Dieſe Beobachtung muß zu der Frage führen, ob nicht bei der perſönlichen Klage ein ähnliches Verhältniß obgewaltet haben mag. Valerius Probus hat uns als eine den Legisactionen angehörige Formel die oben Note 835 mitgetheilte: ajo te mihi dare oportere aufbewahrt, in der man, und gewiß mit Recht, die der perſönlichen Klage hat finden wollen. Im Formularprozeß lautet die Formel ebenſo (si paret) N. N. Ao Ao dare oportere. Als formelle Geſchäfte, denen dieſe Formel correſpondiren könnte, kommen nur die Sponſion und der Literalcontract in Betracht. Beide aber ſchließen den Gedanken an eine Wortalluſion aus, denn in dem in der Stipulation wie in der Formel wiederkehrenden bloßen dare Stichum wird man ſie nicht erblicken wollen. Das charakteriſtiſche »oportere« fehlt. Die Correſpondenz war hier eine, wenn ich ſo ſagen darf, idealere, feinere; ſie ſteckt in dem Gegenſatz der Formulirung der Klage in rem und in personam. Das Eigenthum als abſolutes Recht trägt ſowohl bei der Begründung wie bei der Geltendmachung eine abſolute Form an ſich, die Obligation bei dieſer wie jener Gelegenheit eine relative (S. 470).[866a])

3. Correſpondenz zwiſchen der Klage und dem Urtheil.

Die Klage des ältern Prozeſſes iſt ſo zu ſagen ein dem

---

866a) Inſofern mag man die meines Wiſſens zuerſt von Liebe, Die Stipulation (1840) S. 13 gemachte feine Beobachtung der „äußeren Congruenz der eigenen Erklärung der Partei mit dem judicium" als begründet anerkennen. „Das dari oportere mußte in einer dasſelbe gleichſam verkörpernden Form unzweideutig und wie mit den Sinnen wahrnehmbar daſtehen, und dieſes war der Fall, wenn die conceptio verborum: dari spondes? spondeo vorlag" (S. 14 daſelbſt). Jene Correſpondenz der Faſſung der stipulatio und der intentio der Formel wird auch von Gajus betont, nur daß er das obige Verhältniß umdreht, Gaj. IV, 53a: itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. Denſelben Gedanken, den Liebe ausſpricht, hat jetzt Kretſchmar, Die Natur des Prälegats nach röm. Recht. Leipzig 1874, § 18, für die Legatsformen verwerthet.

Richter unterbreiteter Urtheilsentwurf, ſie muß daher ganz ſo lauten, wie das Urtheil lauten ſoll und kann.[866b]) Daraus ergibt ſich, daß der Kläger abgewieſen wird, wenn in irgend einem Punkt, auch im kleinſten, ſein Entwurf nicht ſo gefaßt iſt, wie der Richter nach Prüfung der Sache das Urtheil ſelber entworfen haben würde — die Wirkung der plus petitio im römiſchen Prozeß iſt mit jenem Geſichtspunkt nothwendig gegeben. Daraus folgte ferner, daß die Klage in allen Punkten beſtimmt lauten (formula certa), daß ſie alſo den Betrag der Schuld angeben mußte und dieſen Punkt nicht etwa offen laſſen und der Ermittlung des Richters anheimſtellen durfte, wie dies bei der dem ſpätern Recht angehörigen formula incerta der Fall war. Wie das ältere Recht mit dieſer knappen Form der Klage ausreichen konnte, iſt nicht dieſes Orts anzugeben,[867]) ebenſo wenig wie die weſentlichen Einſchränkungen auszuführen, welche der obige Grundſatz bei den Klagen des neuern Rechts (intentio incerta und formula in factum concepta) erfahren hat.

4. Correſpondenz zwiſchen der Legisactio und den Worten des Geſetzes.

Unter allen Anwendungsfällen unſeres Grundſatzes nimmt dieſer weitaus die erſte Stelle ein. Den einzelnen Legisactionen ſind wir früher ſchon mehrfach begegnet (B. 1. S. 150—164, S. 298—307 und oben S. 405); was uns bisher noch fehlt,

---

866b) S. auch B. 4. S. 22. Derſelbe Grundſatz gilt auch für die Anklageſchrift in England und Schottland, ſie iſt ſchon als Ausſpruch der Jury formulirt, d. h. auf Schuldig oder Nichtſchuldig geſtellt, in jus concipirt ganz wie die römiſche intentio certa auf »rem ejus, jus ei esse, centum dare oportere«. Auch in Frankreich nahm man die Faſſung an, ja der art. 337 des code d'instruction criminelle ſchrieb dieſelbe ſogar wörtlich vor: l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre etc.? S. darüber Glaſer, die Fragſtellung im Schwurgerichtsverfahren, Wien 1863.

867) S. darüber B. 4 S. 57 Note 43 (act. furti nicht auf das »dare« einer beſtimmten Summe, ſondern auf »pro fure damnum decidere oportere« geſtellt) S. 70 fl. (Präjudicialklagen über den Betrag der Gegenforderung).

iſt die allgemeine Theorie derſelben, und ich finde keine paſſendere Stelle, ſie einzuſchalten als die gegenwärtige, welche uns gerade auf denjenigen Geſichtspunkt geführt hat, der für die ganze Geſtaltung und Handhabung der Legisactionen der maßgebende geweſen iſt, ich meine den formellen oder morphologiſchen: die Correſpondenz der legis actio mit den Worten des Geſetzes.

**Allgemeine Charakteriſtik der Legisactionen. — Das Geſetz der Correſpondenz der Form. — Citirmethode — äußere Ausdehnung der legis actio. — Praktiſche Würdigung und hiſtoriſche Bedeutung der Legisactionen.**

Ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.
Gajus IV, 11.

XLVIIc. Ich beginne mit dem Bericht des Gajus.[869]) Die Klagen, deren ſich die Alten bedient, ſagt er, ſeien legis actiones[870]) genannt worden, entweder aus dem Grunde, weil damals die Klagen[871]) ausſchließlich durch die Geſetze, nicht, wie ſpäter, auch durch die prätoriſchen Edicte gewährt worden ſeien, oder darum — und daß dieſe Erklärung die allein richtige iſt, wird der Verfolg der Darſtellung lehren — weil die Klagformeln den Worten der Geſetze nachgebildet geweſen ſeien.[872]) Unabän-

869) Gaj. IV, 11, 30.

870) Der Ausdruck: actio, agere hatte urſprünglich weder eine vorwiegend prozeſſualiſche Bedeutung — auch die Geſchäftsformulare hießen actiones II, S. 300 — noch die des Handelns im Gegenſatz zum Sprechen. Varro de ling. lat. (Müller) VI § 42 .. et cum pronuntiamus, agimus. Itaque ab eo orator agere causam et augures augurium agere dicuntur, quum in eo plura dicant, quam faciant, ſ. auch § 77, 78 ibid.

871) Nämlich die materiellen Klagrechte, nicht die Formeln (wie Keller Römiſcher Civilprozeß § 12 Gajus verſteht). Daß die alten Geſetze Klagformeln aufgeſtellt, iſt nicht einmal für einen einzigen Fall, geſchweige als allgemeine Einrichtung bezeugt, im Gegentheil heißt es: ex his legibus actiones compositae sunt L. 2 § 6 de O. J. (1. 2).

872) Eine dritte Deutung iſt die im Widerſpruch mit Gajus aufgeſtellte

derlich wie die Gesetze selbst hätten sie zur Anwendung gebracht werden müssen, und daher habe ein Kläger, der wegen abgeschnittener Weinreben geklagt und sich dabei des Wortes vitibus statt des in dem XII Tafeln-Gesetz gebrauchten arboribus bedient habe, den Prozeß verloren. Eben diese Strenge, bei der das geringste Versehen den Verlust des ganzen Prozesses nach sich gezogen, habe später diese Form des Verfahrens in Mißcredit gebracht und zur Einführung des Formularverfahrens geführt.

So weit Gajus. Das formgebende Moment der legis actio lag demnach in der Correspondenz der Formel mit den Worten des durch sie zur Anwendung gebrachten Gesetzes,[873] eine Abweichung davon mußte und konnte daher an einer andern Stelle von ihm mit Recht als eine Singularität bezeichnet werden.[873a] Es läge nun sehr nahe, die Richtigkeit seiner Angabe an einem Vergleich der uns erhaltenen Worte der Gesetze und Formeln zu erproben, allein leider hat es sich so gefügt, daß in den meisten Fällen, wo die Worte des Gesetzes, nicht die Formeln,

---

von A. Schmidt de orig. leg. act. Frib. 1857 p. 6. Lex soll „Spruch" bedeuten, legis actiones seien »actiones formulis dicendis peragendae« gewesen. Ganz abgesehen davon, daß lex nie diese Bedeutung hat (der alte Ausdruck ist carmen), so gibt diese Deutung gerade das Charakteristische und Treffende des Ausdrucks auf, um dafür einen Sinn einzutauschen, in dem derselbe eben so gut auf alle möglichen Formulare und Formeln passen würde. Warum kommt denn der Ausdruck legis actiones niemals in Anwendung auf letztere vor? Durch „Spruch" wurden auch sie vollzogen, und »actiones« schlechthin werden auch sie genannt (s. Note 870). Das »lege agere« wird auch vom Lictor gebraucht (z. B. Liv. 26, 16 Lictor . . adde virgas et in eum primum lege age), bei einem „Spruch" ließ er es aber nicht bewenden!

873) Diese Übereinstimmung erstreckte sich auch auf die Namen der Klage, z. B. act. de tigno juncto, membro rupto, glande legenda, arborum furtim caesarum. Der Name der Klage begründet daher einen Schluß auf die im Gesetz gebrauchten Ausdrücke, so z. B. der der actio aquae pluviae arcendae.

873a) Gaj. IV, 24 . . nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae pro judicato verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.

und wo letztere, jene nicht erhalten sind. Nichts destoweniger hat mir die Vergleichung der XII Tafeln-Fragmente eine Ausbeute gewährt, die wenn auch in quantitativer Beziehung höchst dürftig, sich doch in doppelter Weise für die Theorie der Legisactionen mit Erfolg verwerthen läßt. In der einen Richtung kann es erst unten geschehen, in der andern ist hier der Ort dazu.

Es liegt der Gedanke nahe, daß die alten Juristen sich in derselben Weise, wie bei der Construction der Formeln der Legisactionen, so auch bei der der Rechtsgeschäfte der Worte, mit denen das Gesetz letztere erwähnte, bedient haben. Diese Muthmaßung wird jedoch durch jene Vergleichung ausgeschlossen. Die Nachbildung des Gesetzes beschränkte sich ausschließlich auf die Klagen, und diese Antwort ist für die Erkenntniß des wahren Wesens der Legisactionen höchst fruchtbar. Zu den Geschäften, für die uns noch die betreffenden Worte der XII Tafeln erhalten sind, gehören insbesondere die Mancipation, der Verkauf des Haussohnes, das Testament. Hätten die Juristen es gewollt, wie leicht hätten sie die entscheidenden Worte (mancipium facere — filium venundare — legare super pecunia tutelave suae rei) in der Formel anbringen können. Daß es nicht geschehen, kann nicht Zufall sein, sondern es kann nur darin seinen Grund gehabt haben, daß der Gedanke der Correspondenz der Formel mit dem Gesetz in ihren Augen in einer innern und ausschließlichen Beziehung zu den prozessualischen Handlungen stand.

Worin bestand diese Beziehung?

Das eigenthümliche Wesen der Form bei der legis actio läßt sich mit einem Wort wiedergeben: eine eigenthümliche Citirmethode des Gesetzes. Jede Legis Actio citirte das Gesetz, welches sie zur Anwendung zu bringen beabsichtigte, aber nicht in der modernen Form einer bloßen Verweisung auf den Artikel des Gesetzbuchs oder der breiteren Weise der Anführung der betreffenden Worte, sondern in einer mehr innerlichen, pla-

stischeren Gestalt.[874]) Die Formel selbst war das Citat, sie verwies auf das Gesetz, ohne es zu nennen, sie verwies darauf durch sich selbst, durch ihre Fassung, sie war, so zu sagen, die prozessualische Incarnation des Gesetzes, das Gesetz selbst, welches concrete Gestalt und Leben angenommen hatte und gegen den Übertreter ins Feld rückte (gewissermaßen eine actio legis im subjectivgenitivischen Sinn).

Kehren wir jetzt zu der obigen Frage zurück: warum citirte man das Gesetz nur bei der Klage, nicht auch beim Rechtsgeschäft? so kann die Antwort darauf nicht schwer fallen. Allerdings bildet das Gesetz für beide die gleichmäßige Grundlage, allein die Veranlassung, diese Grundlage in Bezug zu nehmen, war

874) Dieselbe wiederholt sich bis zu einem gewissen Grade auch im englischen Prozeß, der demnach Legisactionen im römischen Sinn kennt (über den Geist, in dem sie auch hier gehandhabt werden, s. Note 893). Ich entnehme aus Gundermann, Englisches Privatrecht I, S. 31 folgende instructive Stelle von Bracton: Et sunt quaedam brevia formata super certis casibus de cursu et communi consilio totius regni concessa et approbata, quae quidem nullatenus mutari poterint absque consensu et voluntate eorum .. Tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum et non potest quis sine brevi agere, cum non teneatur alius sine brevi respondere. Nach de Lolme, Verfassung von England (Übers. Altona 1819 S. 122) würde sogar früherhin in England ein ähnliches Depot für die Klagformeln bestanden haben, wie einst in Rom bei dem Pontificalcollegium: „Diese kostbaren Writs endlich, die Briefs [Auszüge, brevia], wie sie auch vorzugsweise genannt werden, die in Form und Richtung genau bestimmten Klagen, das Elixir und die Quintessenz des Rechts sind der besonderen Sorge eigens dazu angestellter Beamten übergeben worden, deren Ämter von den besonderen Gefäßen den Namen erhalten, die sie zur Aufbewahrung des ihnen anvertrauten Pfandes gebrauchen. Das eine heißt nämlich das Hanaper- (Janaperium = Korb), das andere das Schmal (Petty) -Bag Amt (parva baga = kleiner Sack, Beutel). Hier werden die Writs aufbewahrt, welche des Königs, dort die, welche der Unterthanen Interessen betreffen." Heutzutage geändert: Gneist, Das heut. engl. Verfassungs- und Verwaltungsrecht B. 1 S. 522, der auch im Übrigen etwas abweicht. Auch im französischen Strafprozeß muß die Frage mit den Worten des Gesetzes gefaßt werden. Glaser in der Note 866b citirten Schrift S. 36, 38.

bei beiden nicht dieselbe. Welchen Sinn hätte es bei der Bestimmung eines Contracts oder Testaments gehabt, auf den Paragraphen des Gesetzes zu verweisen? Gar keinen, wenn dieselbe nicht Gegenstand eines Rechtsstreites ward; im entgegengesetzten Fall war es immer noch früh genug, es vor dem Richter zu thun. Im Prozeß, wo es sich um die endgültige Feststellung des Rechtsverhältnisses, die schließliche Auseinandersetzung mit dem Gesetz handelt, wird heutzutage sowohl in Parteischriften als in richterlichen Erlassen das Gesetz citirt — wer wird es in einem Testament oder einem Vertrage thun? Kurz das Citat des Gesetzes ist für den Prozeß ebenso sachgemäß wie für das Rechtsgeschäft zwecklos.

Manche Rechte haben nun diese Sitte geradezu zum Gesetz erhoben; so das altrömische Recht rücksichtlich der Civilklage; ebenso das neuere römische Kriminalrecht der leges judiciorum publicorum,[874a]) und manche neuere Strafprozeßordnungen rücksichtlich der Anklageakte und des Urtheils. Das Citat ist damit zu einem formellen Requisit des betreffenden prozessualischen Akts erklärt. Scheinbar eine äußerliche Bestimmung von geringem Belang, ist dieselbe, wie ich unten nachzuweisen hoffe, in Wirklichkeit eine Maßregel von äußerster Tragweite.

Der Zweck derselben ist offenbar der, den Richter streng an die Richtschnur des Gesetzes zu binden. Dies liegt zwar schon an sich in dem Begriff des Gesetzes, allein es läßt sich nicht läugnen, daß jene Maßregel die Erreichung dieses Zwecks im hohen Maße fördert, daß sie den Richter, wie einerseits zur Klarheit, so andererseits bis zu einem gewissen Grade mechanisch zur Unparteilichkeit zwingt. Wie aber, wenn das Gesetz Lücken darbietet? Die Consequenz der Einrichtung bringt es mit sich, daß der Richter dann seine Hülfe versagen muß, und wir werden unten sehen, daß

---

874a) A. W. Zumpt, Der Kriminalprozeß der römischen Republik, Leipzig 1871. S. 115.

das ältere römiſche Recht (ähnlich wie das altengliſche, Note 874) den Muth gehabt hat, ſich dieſe Conſequenz gefallen zu laſſen.

Im altrömiſchen Prozeß ſtützte ſich zwar die Einrichtung auf eine geſetzliche Vorſchrift. Dies ſchließt jedoch die Annahme nicht aus, daß ſie darauf berechnet war, dem obigen Zweck zu dienen. Indem die Jurisprudenz mittelſt der legis actio die Berufung auf das Geſetz zum formellen Requiſit der Klage erhob, gehorchte ſie nur dem Zuge, der die ganze Zeit beherrſchte und die XII Tafeln ins Leben gerufen hatte,[875] ſie vervollſtändigte und befeſtigte nur, was die XII Tafeln begonnen hatten.[876]

Haben damit wir das Richtige getroffen, ſo ergibt ſich daraus von ſelbſt, daß dies Requiſit ſich auf alle und jede Klagen erſtreckte, ſich alſo nicht auf die von Gajus genannten fünf Grundformen des alten Verfahrens (modi, quibus lege agebatur) beſchränkte, m. a. W. daß die rechtliche Verfolgbarkeit eines Anſpruches die Anerkennung desſelben im Geſetz zur Vorausſetzung hatte. Wenn alſo Gajus von der legis actio sacramento bemerkt,[877] ſie ſei eine generelle Klage geweſen, deren man ſich überall habe bedienen können, wo nicht das Gegentheil beſtimmt geweſen ſei, ſo iſt dieſe Bemerkung nur auf die Form des Verfahrens zu beziehen. Als bloße prozeſſualiſche Einkleidungsform ſetzte ſie in jedem einzelnen Fall einen vom Geſetz anerkannten materiellen Anſpruch voraus. Das ganze Syſtem der Legisactionen löſte ſich von jenen fünf Grundformen des Verfahrens abgeſehen in eine Anzahl einzelner vom Geſetz gewährter Klagen, ſpecieller Legisactionen auf, die, ſo zu ſagen, dem Richter zum Vertrieb übergeben waren. Darüber hinaus hörte ſeine Macht auf, — er führte nicht den Artikel: Rechtsſchutz im all-

875) L. 2 § 4 de O. J. (1. 2) verglichen mit § 3 ibid.: incerto magis jure et consuetudine, quam per legem latam — postea ne diutius hoc fieret . . . et civitas fundaretur legibus.

876) L. 2 § 6 ibid. quas actiones, ne populus prout vellet instituerat, certas solennesque esse voluerunt.

877) Gaj. IV, 13.

gemeinen, sondern nur ein begränztes Sortiment von einzelnen Species. Wer eine andere Klage hätte anstellen oder begehren wollen, den würde er ebenso abgewiesen haben, wie ein Kaufmann, bei dem ein Artikel begehrt wird, den er nicht führt. Nulla actio sine lege!

Verhielt es sich in dieser Weise, so kann die Zahl der Legis-Actionen keine unbeträchtliche gewesen sein, und dieser Schluß und damit die Richtigkeit des so eben Behaupteten wird durch alle Nachrichten in übereinstimmender Weise bestätigt. Wie wären Sammlungen, wie die oben S. 600 genannten, möglich gewesen, wenn die Formeln sich auf die fünf Legis-Actionen des Gajus beschränkt hätten? Wie verträge sich damit die Nachricht (S. 393), daß das Depot derselben beim Pontificalcollegium, und eben dadurch das Volk von letzterem in Abhängigkeit gewesen? oder, was Cicero berichtet:[878]) daß diese Formeln interessante Einblicke in Leben und Weise der Vorzeit gewährt hätten? oder die von Gajus dem alten Verfahren zur Last gelegte hohe Gefährlichkeit? Die wenigen Formeln der fünf Legis-Actionen des Gajus schlossen in dem Maße weder die Möglichkeit des einen noch die des andern in sich.

Die Zahl der Legis-Actionen war eine eben so große als die der Gesetze oder richtiger der einzelnen Artikel des Gesetzes, welche einen selbständigen Rechtsanspruch gewährten.[879]) Jedem Satz der XII Tafeln, der sich dazu eignete, entsprach eine eigene legis actio, zur vollständigen Bearbeitung des Gesetzes gehörte daher neben der Interpretation auch noch die Angabe der Klagformeln, wie denn z. B. die älteste juristische Schrift, von der wir Kunde haben, der Zwölftafeln-Kommentar des Aelius, wirklich in dieser Weise angelegt war.[880])

878) Cic. de orat. I, 43.

879) L. 2 § 6 de O. J. (1. 2) ex his legibus .. actiones compositae sunt.

880) Die Tripartita des Aelius (L. 2 § 30 de O. J.); man hat aus ihr

Es war im bisherigen ausſchließlich von der Erhebung der Klage die Rede. Daß auch das fernere Verfahren, das ſich an die Klagerhebung anſchloß, neben dem Raum, den es nothwendigerweiſe der freien Verhandlung gewähren mußte (S. 585), verſchiedentlich zum Gebrauch von Formeln führte, z. B. bei der Beſtellung des Richters, des Vindex, Vas, beim Richterſpruch (Note 821) u. ſ. w., wird ſchwerlich bezweifelt werden. Dagegen öffnete ſich für die legis actio noch ein anderes Gebiet außerhalb des Prozeſſes. Ich meine nicht ſowohl die freiwillige Gerichtsbarkeit (in jure cessio), denn bei ihr handelte es ſich nur um eine andere Anwendung prozeſſualiſcher Formeln, ſondern die ſolennen, außergerichtlichen Handlungen, welche das gerichtliche Verfahren theils ergänzten, vorbereiteten und begleiteten, theils völlig erſetzten.

Über das wahre Verhältniß derſelben hat das Mißverſtändniß der in der Note mitgetheilten Stelle von Gajus[881]) manche Rechtshiſtoriker getäuſcht. Aus dieſer Stelle geht zunächſt ſoviel hervor, daß die Vornahme vor Gericht nicht zum Begriff der legis actio gehörte. Zwar gab es unter den römiſchen Juriſten eine Minderzahl, welche (vielleicht verleitet durch die Bedeutung

---

ſeltſamer Weiſe ein Werk in drei Büchern gemacht, in deren erſtem der Verfaſſer die ganzen XII Tafeln abgeſchrieben hätte, ſo z. B. Leiſt, Verſuch einer Geſchichte der römiſchen Rechtsſyſteme S. 10, „drei Bücher“. Tripartitum heißt aber hier nicht dreitheilig, ſondern dreiſchichtig, drei Beſtandtheile umfaſſend wie in § 4 I de jure nat. (1. 2), d. h. jedem einzelnen Artikel des Geſetzes wird die interpretatio und legis actio angeſchloſſen. Die drei Beſtandtheile ſind in L. 2 § 6 ibid. (tria haec jura) genannt. — Das Richtige hat Rudorff Röm. Rechtsgeſchichte B. 1 S. 158.

881) Gaj. IV, 29. Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur et ob id plerisque placebat, hanc quoque actionem legis actionem esse, quibusdam autem non placebat, primum quod pignoris capio extra jus peragebatur i. e. non apud Praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud Praetorem praesente adversario, praeterea nefasto quoque die i. e. quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

des Ausdrucks actio im ſpätern Prozeß) dieſes Moment für weſentlich und demgemäß die pignoris capio für *keine* legis actio erklärte, allein die entgegengeſetzte Meinung war die herrſchende.[881a]) Im Geiſt dieſer letzteren würde die Definition einer legis actio lauten: eine vom Geſetz anerkannte (1) und mit den Worten desſelben vollzogene (2) Handlung zum Zweck der Rechtsverfolgung (3). Unter dieſen Begriff aber fallen außer der pign. capio, wie unten gezeigt werden ſoll, noch manche andere Handlungen.

Wenn nun Gajus die pign. capio zu den vier vorher von ihm behandelten Legis-Actionen dadurch in Gegenſatz ſtellt, daß man ſich ihrer auch außer Gericht, der letzteren nur vor Gericht bedienen könne, ſo hat man dieſe Äußerung in der Weiſe mißverſtanden, als ob bei dieſen *alle Handlungen* vor Gericht geſpielt hätten.

Ich nehme keinen Anſtand, dieſe Anſicht, ſo allgemein verbreitet ſie auch iſt, für entſchieden falſch zu erklären. Die manus injectio und der ihr entgegentretende Widerſtand (das manum sibi depellere), die in jus vocatio und der ſpätere Scheinkampf bei der Vindication unbeweglicher Sachen fanden beiſpielsweiſe zweifellos außerhalb der Gerichtsſtätte Statt, und ſo gab es gewiß noch manche andere außergerichtliche Akte. Gajus hätte die gröbſte Unwahrheit behauptet, wenn er die Regel (IV 29), daß alle »legis actiones« mit Ausnahme der pign. capio vor Gericht ſpielten, auf die einzelnen prozeſſualiſchen *Handlungen* hätte beziehen wollen, ſie bezog ſich lediglich auf die Grundformen des Verfahrens (*modi*, quibus lege agebatur, Gaj. IV 12). Bei vier derſelben gelangte der Rechtsanſpruch, wenn auch vorbereitende außergerichtliche Handlungen (in jus vocatio, manus injectio, condictio ſ. u.) ſeiner Erhebung vorausgingen, vor Ge-

881a) Daß beide Anſichten etwas für ſich hatten, darüber ſ. meine in der zweiten Auflage des erſten Bandes neu hinzugekommenen Ausführungen über die pign. capio, B. 1 S. 158 fl. daſelbſt.

richt. Die pign. capio dagegen brachte den Anspruch nicht vor Gericht, und dieser Umstand, nicht der, daß hier ein einzelner Akt außergerichtlich vorgenommen ward, begründete ihre Abweichung von den übrigen vier Prozeßarten. Wie konnte man sie zu den Prozeßarten rechnen, wenn sie nichts war als ein Akt außergerichtlicher Selbsthülfe? Mit demselben Recht, möchte man sagen, hätte man auch die Tödtung des nächtlichen Diebes hierher rechnen können, da auch sie ein »lege agere« (Note 872 a. E.) enthielt. Die Antwort darauf habe ich schon an früherer Stelle (B. 1 § 11c) gegeben. Die pign. cap. konnte zu einem Prozeß führen, wenn nämlich der Gepfändete sich nicht bei der Pfändung beruhigte, dann entspann sich ein eigenthümliches auf die Impugnation und Justification dieses Aktes berechnetes Verfahren, und dieses Verfahren, nicht den Akt, der zu demselben Anlaß gab, hatten diejenigen Juristen im Auge, welche die leg. act. per pig. cap. zu den Prozeßarten zählten, während die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht für sich den Umstand in die Wagschale warfen, nicht daß jener Akt ein außergerichtlicher war, sondern daß die ganze Angelegenheit einen außergerichtlichen Verlauf nehmen konnte, wenn nämlich der Gepfändete sich bei der Pfändung beruhigte und die Sache einlöste.

Das Resultat, zu dem ich gelange, besteht darin, daß das für den Legisactionenprozeß betonte Erforderniß: apud praetorem praesente adversario (Gaj. IV 29) sich nur auf die Anhängigmachung des Prozesses bezog, nicht aber auf alle einzelnen Akte, die demselben vorangingen oder ihn begleiteten. Auch der französische Prozeß erfordert außergerichtliche Verhandlungen, aber wer würde darum Anstand nehmen, ihn ein gerichtliches Verfahren zu nennen? Ob die außergerichtlichen Akte im Legisactionenprozeß »legis actiones« genannt worden sind, soll uns vorläufig nicht kümmern, es genügt uns zunächst zu constatiren einmal: daß sie in der That vorkamen, und zweitens: daß sie die oben angegebenen wesentlichen Kriterien des Begriffs der legis actio theilten, d. h. daß der Grundsatz der Correspondenz zwischen

der Formel und dem Gesetz auch bei ihnen zur Anwendung gelangte.

Derartiger außergerichtlicher Akte gab es drei Klassen; sie griffen Platz: 1) anstatt des Prozesses, 2) beim Beginn und 3) im Lauf des Prozesses.

Zu der ersten Kategorie gehörte die so eben erörterte pign. cap., sofern sie nicht zu einem weiteren Verfahren führte.

Zu der zweiten zähle ich 1) die in jus vocatio, 2) die an sie im Fall des Widerstandes des Gegners sich anschließende manus injectio gegen denselben und 3) die condictio bei der legis actio per condictionem.

Daß der erstere Akt ein außergerichtlicher war, ist bekannt; daß er mit den Worten des Gesetzes erfolgte, zeigt seine Formel, denn die Worte des XII Tafeln-Gesetzes lauteten: si in jus vocat,[882]) die Formel: in jus te voco.[883]) In dem Gesetz schloß sich daran der Passus: ni it, antestator, der Ausdruck wiederholte sich in der an den Zeugen gerichteten Frage: licet antestari?

Wenn der Gegner sich weigerte zu folgen, so verhängte das Gesetz die manus injectio: Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito; die letzten Worte kehren in der Formel dieses Akts wieder: manum injicio.[884]) Dieser letztere

882) Die Zeugnisse für dieses und die folgenden Beispiele bei Dirksen Übersicht u. s. w. der Zwölftafel-Fragmente. Tafel I.

883) Plautus Poen. V. 6, 6: Leno» in jus te voco«. Für die in jus vocatio kommen bei den Dichtern noch verschiedene Formeln vor: z. B. ambula in jus, eamus in jus u. a. s. bei Briss. V, 1. Seltsamer Weise hält dieser Schriftsteller diese Formeln für die ächten, dagegen die bei Plautus für unächt. Wenn von Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprozeß I S. 105 den Beweis für die obige Behauptung vermißt, so fehlt es mir allerdings dafür an einem Beweise, daß die in jus vocatio »legis actio« genannt sei, dagegen stimmt die obige Formel bei Plautus wörtlich mit dem Gesetz überein.

884) So bei Gaj. IV, 24. Die Lesart manus (durch Studemund's Vergleichung bestätigt) injicio in § 21 daselbst ist unrichtig, es ist immer

Akt kam außerdem noch in verschiedenen Anwendungen vor (B. 1 S. 151 fl.), insbesondere zum Zweck der Execution,[885]) und der Umstand, daß das Gesetz ihn bei der letzteren Gelegenheit noch besonders erwähnt und zwar als »manus injectio«, der das Erscheinen vor Gericht zu folgen habe, ist für die Frage, die uns hier beschäftigt, ungemein wichtig. Ein neuerer Schriftsteller[886]) nämlich ist in dem Bestreben, die vermeintliche Autorität des Gajus in der oben (S. 639) angegebenen mißverständlichen Weise aufrecht zu erhalten, so weit gegangen, daß er sich nicht gescheut hat, darauf hin der manus injectio den Charakter einer außergerichtlichen Handlung abzusprechen und namentlich mich wegen der B. 1 S. 152 aufgestellten entgegengesetzten Behauptung hart anzulassen. Ihm zufolge[887]) soll die manus injectio schlechterdings nur vor Gericht vorgenommen werden können. Allein wie, wenn der Schuldige nicht folgen will? Hier bleibt doch in der That nichts anderes übrig als Gewalt zu gebrauchen, und das Gesetz setzt dem kein Hinderniß in den Weg, im Gegentheil es verstattet ausdrücklich das »manum injicere«. Allein dieser Akt, lautet der Einwand, ist keine „wahre, eigentliche" legis actio, denn diese muß einmal nach Gajus vor Gericht vollzogen werden. Aber in dem (Note 885 citirten) Satz der XII Tafeln wird doch die »manus injectio« vor dem »in jus ducito« erwähnt, sie muß also im Sinn des Gesetzes eine »manus injectio« sein, und ich meine, wenn über eine Frage aus den XII Tafeln zwischen letzteren und Gajus wirklich ein Widerspruch obwalten sollte, so müßten sie doch wohl vorgehen. Für diese als „uneigentlich" beseitigte manus injectio der Decem-

---

nur die rechte Hand, welche die rechtlichen Handlungen vollzieht, nicht beide.

885) Taf. III. post deinde manus injectio esto; in jus ducito, ni judicatum facit aut quis endo eo jure vindicit, secum ducito.

886) A. Schmidt in der Note 872 citirten Schrift.

887) Er nimmt dabei Bezug auf eine frühere Abhandlung von sich in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft XIV S. 21 u. fl.

virn taucht die „eigentliche" unſeres Autors an einer Stelle wieder auf, an der ſie ſchwerlich Jemand ſuchen würde. „Sie liegt, ſagt er, in dem folgenden (den Worten von in jus ducito . . . secum ducito), ohne daß ſie mit dieſem Namen ausdrücklich hier bezeichnet wird." Alſo: eine legis actio, d. h. nach Gajus eine »actio ipsarum legum verbis accommodata« ohne verba legis, ja ohne die leiſeſte Andeutung derſelben im Geſetz, und umgekehrt verba legis, ja die Bezeichnung des Akts als manus injectio, aber keine legis actio![888])

Die bisherige Unterſuchung hat uns den Weg gebahnt, um eine höchſt glückliche Idee Keller's gegen die Anfechtung desſelben Schriftſtellers in Schutz zu nehmen.[889]) Keller hat nämlich die Anſicht aufgeſtellt, daß bei der legis actio per condictionem die Ankündigung (condictio) des Klägers an den Beklagten, ſich nach dreißig Tagen vor Gericht zur Annahme eines Richters einzufinden, ein außergerichtlicher Akt geweſen ſei. Im Sacramentsprozeß kam es ſeit der lex Pinaria nicht ſchon im erſten Termin zur Beſtellung des Judicium, derſelbe ſchloß vielmehr mit der Aufforderung, ſich nach dreißig Tagen zu dem letzten Zweck wieder zu ſtellen. Die Einführung der genannten Legisactio überhob die Parteien dieſes erſten läſtigen Erſcheinens vor Gericht, indem ſie eine außergerichtliche Denuntiation an deſſen Stelle ſetzte,[890]) und man braucht ſich bloß den Fall zu denken,

888) S. außer dem Zeugniß der XII Tafeln noch Servius ad Virg. Aen. X, 419: manus injectio dicitur, quotiens nulla judicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus.

889) Keller, Der römiſche Civilprozeß § 18. Schmidt p. 2 der citirten Schrift. Gegen die Keller'ſche Anſicht haben ſich ſeitdem noch erklärt Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 152, Demelius, Kritiſche Zeitſchrift VIII S. 508 fl., Huſchke, Die Multa und das Sacramentum, S. 490 Note 379; der entſcheidenden Frage, ob das Requiſit der Gerichtlichkeit des Verfahrens ſich auf alle einzelnen Akte des Prozeſſes erſtreckt habe und habe erſtrecken können, ſind ſie alle aus dem Wege gegangen — auf dieſe Weiſe iſt es allerdings leicht, die Anſichten von Keller und mir zu widerlegen.

890) Alſo eine ähnliche Erleichterung, wie ſie ſpäter bei dem Holen der

daß die Parteien einige Tagereisen von Rom entfernt wohnten, um sich von dem praktischen Werth dieser Neuerung zu überzeugen. Nach Schmidt hätten dieselben eine Reise nach Rom unternehmen müssen lediglich zu dem Zweck der Vornahme der Denuntiation vor Gericht, um nach Aussprechen der wenigen Worte den Rückmarsch anzutreten und sodann nach Ablauf der dreißig Tage sich zur wirklichen Verhandlung der Sache von neuem einzufinden! Nach Keller konnten sie ruhig zu Hause bleiben und sich mit einer außergerichtlichen condictio begnügen.

Durfte Gajus das Verfahren, das in dieser Weise eingeleitet ward, als ein gerichtliches bezeichnen? Ich meine, mit demselben Recht wie, um von der streitigen pign. cap. abzusehen, das Verfahren bei der legis actio sacramento und per manus injectionem. Auch diese beiden Prozeßarten begannen mit einem außergerichtlichen Akt, jene mit der in jus vocatio, diese mit der außergerichtlichen manus injectio.

Daß selbst der Lauf des Prozesses außergerichtliche Handlungen nicht ausschloß, dafür liefert das manum conserere in seiner spätern Gestalt (S. 574) den Beweis. Auch hier wiederholt sich die Correspondenz zwischen den Worten des Gesetzes und denen der Formel. Jene lauteten: si qui in jure manum conserunt, diese mit Beibehaltung derselben Reihenfolge der Worte: in jure manum[891]) consertum te voco. Als der Akt ein außergerichtlicher ward, veränderte man das in jure in ex jure (Note 783).

Ob nun diese außergerichtlichen Handlungen legis actiones genannt sind, daran, gestehe ich gern, liegt mir nichts. Der

---

Vindicien eintrat. Der Einwand von Schmidt, daß Gaj. IV, 18 bei »ut adesset« nicht »in jure« hinzufüge, erledigt sich durch die Bemerkung, erstens, daß Gajus hier nicht die Formel der condictio mittheilt, und zweitens, daß ein vernünftiger Mensch sich »ad judicium capiendum« schwerlich irgendwo anders einfinden konnte als vor dem Prätor.

891) Manu consertum bei Cic. pro Mur. c. 12 ist als Verstoß gegen das Princip der legis actio falsch.

Sache nach waren sie es, d. h. auch sie waren rechtsverfolgende Handlungen und waren den Worten des Gesetzes nachgebildet, und für zwei: die pign. capio und manus injectio steht auch der Name außer Zweifel. Da letzterer sich, wie oben nachgewiesen, nicht auf die fünf Grundformen beschränkte, sondern auch für die einzelnen speciellen Klagen gebraucht ward, so glaube ich allerdings, daß er nicht minder auch auf die einzelnen solennen Akte des alten Verfahrens angewandt worden ist, mochten sie vor oder außer Gericht vorgenommen werden.[892])

---

Die strenge Durchführung des Grundsatzes: Nulla actio sine lege setzte der Rechtshülfe in alter Zeit enge Gränzen, und es kann uns nicht Wunder nehmen, daß der Geist der spätern Zeit, die Entwicklung des Verkehrs und die Verfeinerung des Rechtsgefühls sich gegen die Beibehaltung einer Einrichtung sträubte, welche das wirkliche Recht in manchen Fällen schutzlos ließ und den Magistrat zur Rolle eines willen- und machtlosen Stückes einer unlenkbaren Prozeßmaschinerie verdammte. Nicht aber dieser, von allen Theilen des Formalismus lediglich den Legisactionenprozeß treffende Vorwurf der Unabänderlichkeit, Starrheit, Enge soll es gewesen sein, der nach Gajus seinen Untergang bewirkt hat, sondern eine Eigenschaft, die er mit allen übrigen Ausflüssen des Formalismus theilte, und die in der modernen Form des Prozesses, dem Formularprozeß, dieselbe Geltung behauptete, wie in ihm, nämlich die strenge Handhabung der Form.[892a]) Die Glaubwürdigkeit dieses Berichts ist meines

---

892) Varro de L. L. VI, 30 necesse enim aliquo eorum uti verbo, (do, dico, addico), cum lege quid peragitur dürfte schwerlich ins Gewicht fallen; s. dagegen Gaj. IV, 29; eher für die obige Ansicht, daß Valerius Probus de notis § 4 unter der Überschrift: »in legis actionibus haec« Sigeln für einzelne prozessualische Handlungen z. B. das ex jure manum consertum vocare anführt.

892a) Gaj. IV, 30. Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura

Wiſſens bisher nicht angefochten, ich meinerſeits aber kann meine Bedenken dagegen nicht unterdrücken; es will mir ſcheinen, als ob das Urtheil des Gajus weniger vom Standpunkt der alten als der ſpätern Zeit aus gefällt worden ſei.

Es iſt in dem Begriff der Form mit Nothwendigkeit gelegen, daß die geringſte Abweichung von der Form einen Formfehler und damit Nichtigkeit begründet (S. 473). Das gilt heutzutage nicht minder als im alten Rom. Was dort z. B. die Vertauſchung des Wortes: arboribus mit vitibus, würde heutzutage bei Ausſtellung eines Wechſels die des Wortes: „Wechſel“ oder bei Ableiſtung eines Eides die der Worte: „ich gelobe und ſchwöre“, mit andern Ausdrücken bewirken. Was Gajus der legis actio zur Laſt legt: »ut qui vel minimum errasset, litem perderet« paßt mutatis mutandis auf jedes formelle Geſchäft — der Formalismus kennt keinen Unterſchied zwiſchen ſehr geringen, geringen und groben Fehlern. Gehen wir aber davon aus, daß die legis actio ihrer Beſtimmung nach in einem eigenthümlichen rechtlich nothwendigen Citiren der Geſetzesworte beſtand, ſo werden wir auch das Verlangen der diplomatiſchen Genauigkeit des Citats (d. h. alſo die wörtliche Wiedergabe der Formel) durchaus nicht für eine übertriebene Strenge halten können. Wir machen heutzutage an Jemanden, der uns einen Satz aus einem Geſetz citirt, ganz dieſelbe Anforderung![893])

---

condiderunt, eo res perducta est, ut qui vel minimum errasset, litem perderet.

893) Für diejenigen, die geneigt ſein möchten, dieſe Strenge für etwas ſpecifiſch Römiſches zu halten, will ich ein Beiſpiel aus dem engliſchen Recht anführen, das dem von Gajus IV, 11 ebenbürtig zur Seite ſteht, wenn nicht gar dasſelbe noch übertrifft. Eine Parlamentsakte verbietet das Schenken geiſtiger Getränke am »Lordsday« (Sonntag). Ein Contravenient ward noch vor einigen Jahren bloß aus dem Grunde frei geſprochen, weil das Denunciations- oder Anklagelibell ihn beſchuldigt hatte, am »Sunday« (ebenfalls Sonntag) geſchenkt zu haben — die Klage ſtimmte nicht mit der lex! Nach einer alten Parlamentsakte ſollen ſogar orthographiſche Fehler Nichtigkeit des Urtheils zur Folge gehabt haben. Noch ungleich draſtiſchere

Und daß das Versehen den Verlust des Prozesses zur Folge hatte, wird uns ebenfalls nicht frappiren können. Bei einem Rechtsgeschäft öffnet sich im Fall eines Versehens der Ausweg einer abermaligen fehlerfreien Vornahme desselben, und bei den bloß vorbereitenden außergerichtlichen Legisactionen z. B. der in jus vocatio mag derselbe vielleicht auch in Rom offen gestanden haben. Daß er bei dem Akt, welcher die Grundlage des ganzen Verfahrens bildete: der materiellen legis actio des Klägers ausgeschlossen war, wird uns nicht Wunder nehmen dürfen, die Natur des Prozesses bringt dies mit sich. Eine Partei, die im heutigen Prozeß ein in verkehrter Weise abgefaßtes Beweisinterlokut hat rechtskräftig werden lassen, kann eben so gut wie im alten Rom wegen eines einzigen Wörtchens den Prozeß verlieren — die gefährliche Kraft des Wortes ist geblieben, sie hat sich nur auf einen andern prozessualischen Akt geworfen (s. u.).

Die »nimia subtilitas« der alten Juristen, die nach Gajus das alte Verfahren verhaßt gemacht und gestürzt haben soll, kann dies also in der That nicht bewirkt haben. Zu geschweigen, daß

---

Probestücke dieser »nimia subtilitas« liefert der altgermanische und altfranzösische Prozeß, wofür ich auf die oben Note 654 citirten Schriften von Siegel und Brunner Bezug nehme, s. z. B. in der ersteren Schrift S. 12: „Ein Stottern und Stammeln, wobei Sylben verschluckt wurden, und dann wieder in polternder Rede Worte sich überstürzten, ein Zittern und Beben der Stimme oder gedämpfter hohler Klang derselben, ja sogar eine Unterbrechung durch Räuspern und Husten, kurz was nur Einer dem Andern ablauschte, machte die Erklärung nichtig." S. 27 (eine unwillkürliche Bewegung, ein unbedachter Tritt oder bloßer Schritt benahm die Möglichkeit, das Urtheil zu schelten). S. 30 (wer beim Eide die Hand höher als üblich hielt oder den Daumen nicht fest in die Hand schloß, hatte verloren). S. 44 (verkehrtes Aussprechen des Diphthonges eu als ay), s. insbesondere das Urtheil des Verfassers über diese Förmlichkeiten: „Es war, als ob sie eigens ausgedacht worden wären, um den Mann, der vor Gericht handelte, sicher zu Fall zu bringen, so spitzfindig und ränkevoll war ihre Anlage, so schwierig ihre Ausführung." Die zweitgenannte Schrift steht an lehrreichen Beispielen hinter der erstgenannten nicht zurück, nur der Raum hält mich ab, auch aus ihr Proben beizufügen.

dieſelbe ſich im materiellen Recht nach wie vor in ungeſchwächter Kraft behauptete und zwar in einzelnen Theilen, z. B. im Teſtament in einer Zuſpitzung, die hinter dem alten Prozeß um nichts zurückblieb, ſo tauchte dieſelbe ja auch im Prozeß ſofort in anderer Form wieder auf. Das formaliſtiſche Element des Formularprozeſſes ſteht hinter dem des ältern Verfahrens in keiner Weiſe zurück, weder in extenſiver, noch intenſiver Hinſicht. Hier wie dort Formeln für jede Klage, hier wie dort als unausbleibliche Folge des kleinſten Formfehlers der Verluſt des ganzen Prozeſſes. Und ſodann: wenn einmal ein ſolcher Umſchwung in der Volksanſicht eingetreten, wie Gajus ihn ſupponirt, warum ließ man das bisherige Verfahren beim Centumviralgerichtshof in alter Weiſe beſtehen?

Was ich zugebe, iſt: das alte Verfahren war gefährlicher als das neue, und der Übergang von dem einen zum andern bezweckte und bezeichnete eine Verminderung der Gefährlichkeit. Aber die Erleichterung lag nicht darin, worein man ſie nach dem Bericht des Gajus zu ſetzen geneigt ſein könnte: in einer Abſchwächung der Strenge des Formalismus, ſondern in einer andern Geſtaltung desſelben. An die Stelle des Sprechens trat das Schreiben, an die der Partei der Prätor — zwei Veränderungen, auf deren vortheilhaften Einfluß bereits S. 482 hingewieſen iſt. Dazu geſellte ſich als drittes Moment noch folgendes hinzu. Der gefährlichſte Akt des ganzen Prozeſſes: die unabänderliche Formulirung des Anſpruches ward von dem Anfang des Prozeſſes auf einen ſpäteren Zeitpunkt verlegt. Während der alte Prozeß mit der Formel begann, ward ſie im Formularprozeß erſt concipirt, nachdem durch erſchöpfende Verhandlung der Streitpunkt ins rechte Licht getreten, und dadurch die Gefahr eines Mißgriffs in der Formel ferner gerückt war. Dieſe Veränderung ſetzt das Maß des Gefährlichen ungefähr auf denſelben Punkt herab, den es in dem Beweisinterlokut unſeres heutigen Prozeſſes einnimmt.

Ward nun der Untergang des alten Prozeſſes lediglich durch

die angegebene Rücksicht herbeigeführt? Der alte Prozeß litt außer an dem so eben auf sein richtiges Maß zurückgeführten Vorwurf der Gefährlichkeit noch an einem andern Gebrechen, das wenn auch von den Römern selbst mit keiner Silbe erwähnt, doch von der Geschichte in unzweifelhafter Weise documentirt ist.[895a])

Es steht unter allen Kundigen fest, daß mit dem Formularprozeß eine neue Ära für das römische Recht beginnt, nicht etwa bloß für den Prozeß, sondern auch für das materielle Recht. Erst mit diesem Zeitpunkt fängt jene Rechtsquelle an zu fließen, die für das ganze Recht eine Quelle neuen Lebens werden sollte — das prätorische Edict.[896]) Es ist nicht Zufall, daß dies erst jetzt geschah; das Legisactionen-System und das Edict waren unverträglich mit einander. Im alten Prozeß waren dem Prätor die Hände gebunden, er war nichts als ein Stück der Maschine[897]) — er in ihrer Gewalt, sie nicht in der seinigen; erst das Formularverfahren gewährte ihm jene Freiheit der Bewegung, welche die wesentliche Bedingung seiner rechtsbildnerischen Thätigkeit bildete. Nicht viel anders verhält es sich mit der Jurisprudenz und dem Gewohnheitsrecht; auch sie waren durch den alten Prozeß in enge Gränzen gebracht. Diesen beengenden und

---

895a) Hartmann, Ordo Judiciorum B. 1 S. 20—22 hebt außer dem folgenden Gesichtspunkt noch einen wichtigen Vortheil hervor, der sich an die Einführung des Formularprozesses knüpfte. Letzterer, bei dem die maßgebende Thätigkeit des Prätors nicht sowohl im Sprechen (der solennen Worte: do dico addico), als im Schreiben (der Formelworte) bestand, war eben darum nicht an die für das »fari« bestimmte religiöse Ordnung der dies fasti und nefasti geknüpft, „die Rechtspflege befreite sich damit von dem Hemmschuh, der ihr durch das letztere System angelegt war."

896) Gaj. IV, 11: quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur.

897) Cic. pro Mur. c. 12: Praetor interea, ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est.

lähmenden Einfluß des alten Syſtems nachzuweiſen, iſt Gegenſtand der folgenden Darſtellung.

Worauf beruhte er? Nicht bloß auf dem rein prozeſſualiſchen Element des alten Verfahrens. Wäre das Princip der Legisactio ein rein prozeſſualiſches geweſen, hätte die Gebundenheit und Unfreiheit ſich lediglich in dem Gang und den Formen des Verfahrens geäußert, das materielle Recht würde dadurch in ſeiner Entwickelung nicht in erheblicher Weiſe beeinträchtigt worden ſein. Die durch den Formularprozeß ermöglichte Elaſticität des *Verfahrens* kann mithin nicht die alleinige Urſache des Umſchwunges geweſen ſein. Der drückendſte Übelſtand des alten Prozeſſes lag darin, daß das Princip der Legisactio zugleich ein *materielles* war, d. h. daß, wie oben nachgewieſen, jeder materielle Anſpruch, um gerichtlich verfolgbar zu ſein, im Geſetz anerkannt ſein mußte, daß eine Klage nur auf Grund eines *Geſetzes* möglich war. Damit war die Geſetzgebung principiell für die *ausſchließliche Quelle aller Klagen* erklärt.

Unterſuchen wir, was dies heißen will. Ich habe nicht geſagt, die ausſchließliche Quelle des geſammten materiellen *Rechts*, ſondern der *Klagen*. Alle Rechtsſätze des Privatrechts gravitiren ſtets und überall um die *Klage*, allein die Entfernung, in der ſie es thun, iſt bald eine nähere, bald eine weitere. Gewiſſe nämlich beziehen ſich *unmittelbar* auf das Klagrecht, es ſind diejenigen, welche dasſelbe gewähren, normiren, beſchränken, verſagen. Andere influiren nur *mittelbar* auf dasſelbe, es ſind diejenigen, welche Fragen betreffen, die mit der Klage direct nichts gemein haben. Daß der Betrüger dem Betrogenen Schadenerſatz leiſten ſoll, iſt ein Satz der erſten Art; daß ein weſentlicher Irrthum Nichtigkeit erzeuge, ein Satz der zweiten. Jener findet ſeinen adäquaten Ausdruck in der actio de dolo, dieſer übt mittelbar auf das Klagrecht den größten Einfluß aus, aber die Beziehung zur Klage tritt äußerlich in ihm nicht hervor.

Dieſer Gegenſatz hatte für das ältere Recht die einflußreiche

Bedeutung, daß er im Ganzen und Großen die Gränzscheide bestimmte zwischen der Gesetzgebung auf der einen und der der Jurisprudenz und des Lebens auf der andern Seite. Das Gebiet des eigentlichen Actionenrechts — die Rechtssätze der ersten Classe — gehörte principiell der Gesetzgebung an, den beiden anderen Gewalten war auf ihn nur ein höchst beschränkter Einfluß beschieden; das andere Gebiet hingegen fiel, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise den beiden letztern anheim.

Ob diese Behauptung sich durch directe Äußerungen unserer Quellen begründen läßt, ist gleichgültig, wenn ihre Richtigkeit sich sonst nur thatsächlich erweisen läßt. Allein einen gewissen Anhaltspunkt findet sie auch in den Quellen. Pomponius[898]) zerlegt das alte Recht in drei Bestandtheile (tria jura): die Gesetze, die Legisactionen und das jus civile im engern Sinne des Worts, worunter er das von den alten Juristen (veteres, qui tunc jura condiderunt) im Anschluß an die Gesetzgebung gebildete Recht versteht (S. 467). Letzteres erscheint hier also als etwas außer und neben den Legisactionen befindliches, ungeachtet doch auch letztere der Jurisprudenz ihren Ursprung verdankten und ebenfalls als »jus« (Flavianum, Aelianum) bezeichnet wurden. In Anwendung auf sie kann also die rechtsbildende Thätigkeit der Juristen nicht denselben Charakter an sich getragen, nicht denselben Spielraum gefunden haben, wie innerhalb des jus civile. Diesen Schluß soll die folgende Ausführung bewahrheiten.

Ich wende mich zuerst dem jus civile zu und zwar nicht, um die Thatsache der in demselben enthaltenen selbständigen Rechtsbildung zu constatiren — dies ist bereits früher (S. 459) geschehen — sondern um an einigen Beispielen zu zeigen, in welcher Weise und Ausdehnung letztere innerhalb der oben angegebenen Gränzen möglich war, ohne gegen das Princip der legis actio zu verstoßen.

---

898) L. 2 § 5, 6 de O. J. (1. 2).

Zu den ſelbſtändigen Schöpfungen der alten Jurisprudenz gehörte die Uſucapion der Erbſchaft als universitas. Indem ſie dieſelbe einführte, gewährte ſie damit allerdings eine Klage: die hereditatis petitio, allein letztere ward dadurch in ihrem bisherigen geſetzlichen Beſtande nicht berührt, denn nicht ſie ward ausgedehnt (vom Erben auf den Nichterben), ſondern der Begriff des Erben (von dem geſetzlichen oder teſtamentiven Erben auf den Uſucapienten).

Ebenſo verhält es ſich, nur nach entgegengeſetzter Seite hin, mit der bereits gelegentlich (S. 464) berührten von der alten Jurisprudenz vorgenommenen Beſchränkung des Inteſtaterbrechts des weiblichen Geſchlechts. Dieſelbe fand ihren praktiſchen Ausdruck in der Verſagung der Erbſchaftsklage, allein ohne daß letztere auch hier durch die Veränderung unmittelbar betroffen worden wäre. Sie ward nicht gewiſſen Erben entzogen, ſondern gewiſſe Perſonen hörten auf Erben zu ſein.

Ein drittes Beiſpiel, das uns die hered. petitio gewährt, beſteht in der gewohnheitsrechtlichen Einführung der querela inofficiosi testamenti.[898a]) Letztere war keine neue Klage, denn ſie kleidete ſich in die Form der erſt genannten, und doch enthielt ſie eine der tiefeingreifendſten Neuerungen auf dem Gebiet des Erbrechts.

In derſelben Weiſe, wie die Jurisprudenz in dieſen und andern Fällen (z. B. bei der Einführung des Mancipationsteſtaments) mit dem Erbrecht die eingreifendſten Veränderungen vornahm, ich möchte ſagen: in der Tiefe, im Innern des Inſtituts, ohne daß dieſelben an der Oberfläche der Klage hervortraten, in derſelben Weiſe konnte ſie es bei allen andern Inſtituten. Die rei vindicatio blieb, was ſie war, auch wenn die Jurisprudenz die Lehre von den Eigenthumserwerbsarten, z. B. die Theorie der Uſucapion noch ſo ſehr umgeſtaltete. Die actio

---

898a]) Darauf bin ich erſt durch Guſtav Hartmann, Über die querela inoff. testamenti. Baſel 1864 S. 7 aufmerkſam geworden.

confessoria verspürte nichts davon, ob man bei den Servituten die Usucapion ausschloß oder zuließ u. s. w. Nur wenn man sie hätte ausdehnen wollen auf Servituten, die das Gesetz nicht kannte (z. B. die Urbanalservituten der spätern Zeit), würde sich ihre Legisactionen-Natur dagegen gesträubt haben; sie konnte, bevor diese Schranke fiel, nur lauten auf iter, via, actus, aquaeductus.

Außer den angeführten Rechtssätzen und Maßregeln lassen sich noch eine Menge anderer namhaft machen, allein alle fügen sich der obigen Formel, unter ihnen befindet sich nicht eine einzige Klage.[899])

Die Klage gehört dem Gesetz. Für fast alle Klagen, die dem ältern Recht entstammen, läßt sich diese Quelle mit aller Sicherheit nachweisen. So sparsam die Gesetze aus alter Zeit sind, welche materielle Bestimmungen enthalten, so zahlreich sind diejenigen, welche das Klagrecht und die Form des Verfahrens zum Gegenstand haben. In den wenigen Paragraphen über die Legisactionen zählt Gajus mehr Gesetze auf, welche der zweiten Classe angehören, als von der ersten in seinen sämmtlichen vier Büchern zusammengenommen,[900]) und es möchte in der ganzen römischen juristischen Literatur kein zweites Stück gefunden werden, das auf so kleinem Raume so oft des Gesetzes gedenkt.[901])

---

899) Ich hebe insbesondere hervor die Umgestaltung des Familienrechts (Emancipation, Adoption, coemptio fiduciae causa, in jure cessio tutelae), die Einführung der manumissio vindicta, die in jure cessio der hereditas legitima.

900) S. das Verzeichnis der leges in der Lachmann'schen Ausgabe, p. 428. Natürlich sind nur die Gesetze aus der Zeit der Legisactionen gemeint.

901) Des Gesetzes ohne Nennung des Namens: Gaj. IV, 11, 13, 21, 22, 23, 24, 26, 28; mit Nennung: die XII Tafeln IV, 11, 14, 21, 28 lex Pinaria 15, Silia, Calpurnia 19, Publilia, Furia de sponsu 22, Furia testamentaria, Marcia 23, 24, Aebutia und zwei leges Juliae 30, zwei leges, deren Name in der Handschrift nicht erkennbar (praediatoria?) 25, 28. Wie manche mögen noch in den unlesbaren Theilen der Handschrift vorge-

Nur ein einziges Mal wird das Gewohnheitsrecht erwähnt, nämlich bei Gelegenheit der gewisser Ansprüche wegen den Soldaten gewohnheitsrechtlich zustehenden pignoris capio.[902]) Die darin gelegene Abweichung von unserm obigen Grundsatz erscheint minder gering, wenn man bedenkt, daß es sich hier nicht um die Einführung einer neuen, sondern die bloße Ausdehnung einer bereits vorhandenen handelt.[903]) Von der Einführung einer selbständigen Klage durch Gewohnheitsrecht oder Jurisprudenz ist kein Beispiel bekannt.

Ging nun zwar alle selbständige Bildung der Klagen ausschließlich von der Gesetzgebung aus, so war doch damit der Jurisprudenz nicht aller und jeder Raum zur Einwirkung auf die Klage verschlossen. Aber der Spielraum war ein enger; er fiel zusammen mit dem der alten Interpretation (S. 455 fl.). Das Wort mußte man stehen lassen,[904]) — darauf war ja die ganze Idee der Legisactionen basirt — allein das Wort ließ sich dehnen und pressen. Auf diesem Wege gelang es, ohne Veränderung der Worte manchen Klagen einen weitern, anderen einen engern Umfang zu geben, als sie dem Gesetz nach in Anspruch nehmen konnten, so z. B. der actio de tigno juncto, bei der man das Wort tignum, der actio arborum furtim caesarum, bei der man das Wort arbores, der actio de glande legenda, bei der man das Wort glans im weitesten Sinn nahm.[905])

---

kommen sein. Jedenfalls ist nicht zu bezweifeln, daß bei Gajus noch manche fehlen, z. B. die lex Hostilia, pr. I. de iis, per quos (4. 10) u. a.

902) Gaj. IV, 26, 27.

903) Die pign. capio war bereits in den XII Tafeln anerkannt, jene Ausdehnung fällt aber mindestens 50 Jahre später, da sie die Einführung des Soldes zu ihrer Voraussetzung hatte.

904) Damit waren die Fictionen ausgeschlossen, deren Gajus darum auch erst bei Gelegenheit des Formularprozesses (IV, 32 fl.) gedenkt.

905) S. über diese Beispiele L. 1 de tign. junct. (47. 3) L. 3 arb. furt. (47. 7) und oben S. 459. Ein anderes Beispiel (das Wort nocet in der act. aquae pluviae arcendae) S. 460. Ein Beispiel aus späterer Zeit, in dem sich ebenfalls eine große innere Umgestaltung ohne die geringste

Sehr weit aber reichte dieſes Mittel allerdings nicht. Mochte man den Sinn des Worts drehen und wenden wie man wollte, dies hatte doch ſeine Gränze. Aus dem Worte: in jure beiſpielsweiſe konnte man nicht die pure Negation desſelben machen, wie dies doch hätte geſchehen müſſen, wenn man die früher beſprochene Veränderung in der Vornahme des manum conserere (S. 574) rein auf dem Wege der Interpretation hätte bewerkſtelligen wollen. Hier entſchloß man ſich denn mit dem Princip der legis actio geradezu zu brechen und ein Wort in die Formel zu ſetzen, das mit der Faſſung des Geſetzes in offenem Widerſpruch ſtand. Gajus hat noch einen Fall überliefert;[906]) die Art und Weiſe, wie er ſich über ihn äußert, verräth, daß er darin eine große Singularität erblickt.

So ſetzte alſo das Legisactionenſyſtem neben dem Spielraum, den es einerſeits der freien Rechtsentwicklung gewährte, andererſeits doch der Jurisprudenz und dem Prätor eine unüberſteigliche Gränze entgegen. Niemand vermochte eine geſetzlich zuſtändige Klage in ihrem Lauf zu hindern, auch wenn das Reſultat im einzelnen Fall mit der wirklichen Intention des Geſetzes und dem natürlichen Rechtsgefühl in noch ſo grellen Widerſpruch trat, Niemand vermochte umgekehrt in einem Fall, in dem das dringendſte Bedürfniß und der gerechteſte Anſpruch auf Hülfe vorhanden war, eine Klage zu gewähren, wenn das Geſetz ſie nicht vorgeſehen hatte.

Daß das Drückende dieſes Zuſtandes im Lauf der Zeit vom

---

äußere Änderung vollzog, gewährt die wechſelnde Interpretation der Formelworte: quanti ea res est. Im Sinn des alten Rechts bezogen ſie ſich auf die objective Äſtimation (B. 2 S. 110) L. 193 de V. S. (50. 16) L. 4 § 11 vi bon. (47. 8), aber die Juriſten erſtreckten ſie auch auf das Intereſſe, L. 4 § 7 Damn. inf. (39. 2) L. 68 de R. V. (6. 1), vergleiche insbeſondere wegen der act. furti L. 50 pr. de furt. (47. 2) mit L. 27, L. 80 § 1 ibid.

906) Gaj. IV, 24 nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae pro judicato verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.

römischen Leben mehr und mehr empfunden werden mußte und wesentlich dazu beigetragen hat, den Untergang des Legisactionenprozesses herbeizuführen, dürfte schwerlich einen Widerspruch hervorrufen. Auch England kannte einst ähnliche Zustände — denselben Rigorismus des Gesetzes, denselben eisernen Legalismus — aber auch hier machte das Leben seine Rechte geltend. Dieselbe Erleichterung, die Rom im Formularprozeß, suchte England in den Billigkeitsgerichtshöfen (courts of equity),[907] nur haben letztere sich allerdings nie zu der Höhe des rechtsbildnerischen Einflusses erhoben, der dem römischen Prätor beschieden war.

Eine Nachwirkung hat aber den alten Legisactionenprozeß noch lange überlebt. Es ist dies jene für den specifischen Charakter der römischen im Gegensatz zu unserer heutigen Jurisprudenz so bestimmende Behandlung und Auffassung der Klage. Es ist schwer, diesen Gegensatz, wie es hier doch geschehen muß, im Vorübergehen mit wenig Worten zu entwickeln; mögen folgende Andeutungen genügen.[907a])

Wenn man die wissenschaftliche Form der Behandlung des römischen Rechts Seitens der römischen und der heutigen Jurisprudenz mit einander vergleicht, so findet man als dominirenden Gesichtspunkt und zwar sowohl für die Behandlung der einzelnen Institute als für die Anordnung des ganzen Systems dort die Klage, hier das Recht. Der römische Jurist beginnt regelmäßig mit der Klage und steigt von ihr rückwärts zu dem Recht hinauf, welches ihre Voraussetzung bildet, der heutige schlägt den gerade entgegengesetzten Weg ein. Dem entsprechend ordnet letzterer das gesammte System nach Gesichtspunkten, die vom Recht hergenommen sind; während die Römer sowohl in ihren legislativen Formulirungen (prätorisches Edict) als in ihren doctrinellen

907) S. die Note 874 citirten Werke von de Lolme, Kap. 11, und Gneist § 125, außerdem Rüttimann, der englische Civilprozeß. Leipzig 1851 § 8—10, 83.

907a) Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des römischen Rechts. S. 229 fl.

Darſtellungen den ganzen Stoff als Theilungsgrund und als leitenden Faden regelmäßig den der Klage benutzen.[907b]) Der römiſche Ausgangspunkt iſt der des unmittelbar praktiſchen, der heutige der des theoretiſchen, wiſſenſchaftlichen Intereſſes.

Wäre dies nun bloß eine Differenz der Ausgangspunkte, bei der man, nur in entgegengeſetzter Richtung, ganz denſelben Weg zurücklegt, ſo würde das Intereſſe derſelben lediglich das einer ſyſtematiſchen Frage ſein. Allein in der That bedeutet ſie ungleich mehr, nämlich eine höchſt folgenreiche praktiſche Differenz — eine Verſchiedenheit für die Entwicklung des geſammten Rechts ſowohl rückſichtlich der Art und Form, in der, als der Seite, auf der, und der Leichtigkeit, mit der dieſe Entwicklung vor ſich geht. Die Klagen bilden in Rom das Reſervatrecht der Staasgewalt: des Volks, Senats, Prätors. Auch noch in ſpäterer Zeit gehört die Klage, wenn auch nicht wie einſt der lex (im römiſchen Sinn), ſo doch dem Staat. Das Recht über ſeine Kinder und ſein Haus leitet der Römer nicht vom Staat ab, das hat er von ſich ſelbſt, aber die Klage, den Anſpruch auf Schutz von Seiten des Staats betrachtet er als eine Gabe des letzteren.[907c]) Die Jurisprudenz kann ihm dieſelbe nicht gewähren. Sie mochte in ſpäterer Zeit den Prätor zwar zur Einführung der Klage drängen, und ſie hat es gewiß vielfältig gethan, allein ſie konnte ihn in dieſem Punkte nicht erſetzen. In einer ganz anderen Lage befindet ſich unſere heutige Jurisprudenz, und der Grund dieſer Verſchiedenheit liegt in ihrer Auffaſſung der Klage. Hat ſie das Recht gewonnen, iſt ſie im Stande, auf dem Wege der Deduction letzteres zu erweiſen, ſo verſteht ſich für ſie die Klage von ſelbſt — die Klage iſt für ſie eine bloße Conſequenz des Rechts, kein ſelbſtändiger Begriff —

907b) Einen intereſſanten Beleg dazu ſ. bei Kretſchmar, Die Natur des Prälegats S. 108 u. fl. in Bezug auf die Differenz der römiſchen Juriſten über die genera furtorum (Gaj. III, 183).

907c) Cic. pro Caec. c. 26 (II. 61 Note 48).

wo das Recht materiell einen Anspruch gewährt, versteht sich für uns das Formelle seiner Durchführung: Klage und Richter von selbst. Der Rechtsschutz des Staats erscheint unserer heutigen Auffassung so zu sagen als die selbstverständliche, über allen Rechten ausgebreitete Atmosphäre, die Lebensluft des Rechts, eine res communis, die allem, was auf dem Boden des Rechts lebt und webt, von selbst zu Gute kommt. Die Klage ist uns daher nichts als der Rechtsschutz in besonderer Richtung auf den einzelnen Fall — ein Abstractum, kein Individuum. Den Römern aber ist die Klage ein Individuum. Sie hat ihr bestimmtes Gebiet, ihren bestimmten Begriff, ihren eigenen Namen, ihre eigene Formel und ihre eigenthümliche Geschichte; ihre Entstehung beruht auf einer concreten historischen Thatsache, einem eigenen Einführungsakt. Daher auch das Fortleben des Urhebers der Klage in dem Namen derselben.[908])

Die Bildung der Klage ist daher ein rechtsschöpferischer Akt, den nur die Staatsgewalt vornehmen kann, das Vorhandensein des dazu geeigneten Rechtsstoffs reicht allein noch nicht aus, um den Akt zu ersetzen, es bedarf des lebenden Odems einer mit schöpferischer Kraft ausgerüsteten Macht, um sie ins Dasein zu rufen — kein römischer Jurist hat eine Klage geschaffen. Erst mit dieser ihrer Geburt ist der Zeitpunkt gekommen, wo Praxis und Theorie sich an der Klage versuchen können. Aber wie weit auch die Ausdehnung und Umgestaltung, die dadurch der Klage zu Theil wird, sich erstrecken möge, immer bleibt sie ein bestimmt abgegränztes Ding, ein Individuum — sie löst sich nie wie bei uns auf in den Äther des abstrakten Rechtsschutzes.

In gewissem Sinn kann man daher sagen, die Römer kennen

908) Die Klagen, deren Ursprung sich in die Vorzeit verliert, tragen ihren Namen nach der Sache z. B. rei vindicatio, actio confessoria, hereditatis petitio, die der späteren Zeit vorzugsweise nach ihrem Urheber z. B. actio Publiciana, Pauliana, Serviana, interdictum Salvianum. Ist es zufällig, daß gewisse Klagen des prätorischen Edicts nach der Person des Prätors genannt sind, andere nicht?

nicht die Klage, sondern nur die Klagen, wir keine Klagen, sondern nur die Klage. Die allgemeine Idee des Rechtsschutzes bricht sich im Prisma der römischen Rechtsauffassung in eine Summe einzelner ganz bestimmter Klagen, die sich aufzählen lassen.

Die bisher geschilderte, für die ganze Signatur des römischen Rechts so bedeutungsvolle Auffassung der Klage hat nun meines Erachtens ihre letzten Wurzeln in dem System der Legisactionen. Denn in ihm hat gerade der Gedanke, auf dem sie beruht: der der juristischen Individualität der Klage seine erste und zur höchsten Schärfe gesteigerte Verkörperung gefunden.[909a]) Die Legisactionen waren Individuen nach Art der Krystalle: scharfkantig, spitz, bis ins Kleinste hinein bestimmt, unabänderlich. Einer Jurisprudenz, die Jahrhunderte lang sie vor Augen und mit ihnen zu operiren hatte, konnte die Idee der Individualität der Klage nie wieder abhanden kommen.

---

Zu der im bisherigen vorgetragenen Auffassung der Legisactionen steht im Widerspruch die Ansicht eines neuern Schriftstellers,[910]) deren Betrachtung ich aus Gründen der Darstellung bis jetzt verschoben habe.

Die Ansicht betrifft zwar zunächst nur den Ursprung der Legisactionen, allein mittelbar das ganze Wesen derselben. Ihr Kern besteht darin: die Formeln hätten einen heiligen, religiösen

---

909a) Für das englische Recht ist auch hier wiederum dieselbe Erscheinung zu constatiren, ja die Individualisirung der Klage artet hier in förmliche Zersplitterung aus, d. h. auch das vom juristischen Standpunkt individuell Bedeutungslose d. h. die bloße äußere Verschiedenheit des Falls gibt hier den Stoff zu besonderen Klagen her. S. z. B. Gundermann a. a. O. S. 348, 363, 377, 384, 391. Im römischen Recht würde in den meisten dieser Fälle ein Anschluß an eine bestimmte Klage erfolgt sein. Daher ist die Zahl der Klagen im römischen Recht eine mäßige geblieben, während das englische Recht unter der Sündfluth von Klagen fast untergegangen ist.

910) A. Schmidt in der oben Note 872 citirten Gelegenheitsschrift.

Charakter an ſich getragen, ein Verſehen in dem Gebrauch derſelben ſei folgeweiſe unter den Geſichtspunkt einer Sünde gegen die Götter gefallen.

Die Anſicht weiſt eine Erſcheinung, die ſich auf allen Gebieten des Lebens wiederholt, ihrem letzten Grunde nach der Religion zu, ohne daß dazu die mindeſte Nöthigung vorläge. Der Formalismus beherrſcht das ganze alte Recht, nicht bloß den Prozeß; warum für letzteren nach einem beſonderen Grunde ſuchen? Die von mir im Verlaufe der Darſtellung öfters herangezogene Parallele des isländiſchen und engliſchen, des altdeutſchen und altfranzöſiſchen Prozeſſes zeigt, daß das Intereſſe der Rechtsſicherheit allein vollkommen ausreicht, um auf dem Boden desſelben das Formelweſen zur üppigſten Blüthe zu entfalten.

Auch daß in Rom die Diener der Götter: die Pontifices, die Verfaſſer und Hüter der Legisactionen waren, findet zu jeder Zeit, in der die Geiſtlichen die Träger der gelehrten Bildung, oder, um minder anſpruchsvoll zu ſprechen, die Schreibmeiſter der Nation waren, ſein Seitenſtück, und dieſer Umſtand allein würde den von ihnen verfaßten Formeln ebenſowenig eine religiöſe Weihe zu verleihen im Stande geweſen ſein, als z. B. der Mönch Marculf im ſiebenten Jahrhundert für ſeine Formularienſammlung eine ſolche vindicirt haben wird.

Daß die Legisactionen denſelben Geiſt athmen, wie die Formeln des geiſtlichen Rechts, was bewieſe es anders als die von mir mehr als von irgend Jemanden betonte und nachgewieſene Thatſache (S. 397 fl.): daß beide denſelben Händen ihren Urſprung verdanken? Der eigenthümliche Styl der Pontifices geht durch das ganze Recht, das fas wie das jus hindurch, aber eben dieſe letztere, uralte Scheidung des Rechts in eine religiöſe und profane Seite (Bd. 1 S. 266) lehrt, daß nicht jedes Inſtitut ſchon dadurch allein, daß ein Pontifex ſeine Hand daran legte, eine religiöſe Weihe erhielt.

Ein Verſehen in der Formel, heißt es weiter, fachte den Zorn der Götter an, denn die Formel war entnommen dem Ge-

setz, das Gesetz selbst aber vermöge der Auspicien unter göttlicher Mitwirkung erlassen. Einen Beweis der Richtigkeit dieser Auffassung soll die legis actio sacramento liefern: das sacramentum hatte den Zweck, die Götter zu versöhnen.

Der Verfasser ist die Antwort schuldig geblieben, warum sie die Sühne bloß bei jener legis actio, nicht aber auch bei den vier übrigen verlangten, namentlich der pignoris capio, die ja in gewissen Fällen eine ausgesprochene religiöse Beziehung hatte. Waren die Gesetze, in denen die übrigen legis actiones ihren Ursprung hatten, weniger unter göttlichen Schutz gestellt? Schrie das Unrecht Jemandes, der in ungerechtfertigter Weise mittelst manus injectio oder pignoris capio vorgegangen war, weniger zum Himmel, als dessen, der in ganz zahmer Weise in Form der leg. act. sacramento den Weg Rechtens eingeschlagen und dabei einen Formfehler begangen hatte?

Ein Gebot gab es im alten Prozeß, dessen religiöse Natur außer allem Zweifel steht: das Gebot der Beachtung der dies nefasti (§ 47d). Welche Folge hatte die Verletzung desselben? Die unbewußte konnte und mußte mittelst eines Piaculum gesühnt werden, die absichtliche konnte es nicht. Den religiösen Charakter der legis actio sacramento angenommen, so hätte also ein Mißgriff in der Benutzung der für sie vorgezeichneten Formeln ebenfalls durch ein Piaculum gesühnt werden müssen. Daß bei den wirklich religiösen Formeln das Versehen diese Folge nach sich zog, wird uns ausdrücklich bezeugt.[911])

Ich komme zu dem Resultat: welche Bewandniß es auch mit dem religiösen Charakter der legis actio sacramento gehabt haben mag, das Formelwesen im altrömischen Prozeß war eine rein profane Institution, zu deren Erklärung der religiöse Gesichtspunkt weder herbeigezogen werden muß, noch darf.

911) Arnob. adv. gentes IV, 31: Piaculi dicitur contracta esse commissio, si per imprudentiae lapsum aut in verbo quisquam ... deerraverit. Cic. de har. resp. c. 11 § 23 .. si verbo aberravit ... errata expiantur.

## 4. Raum und Zeit als Element der Rechtsformen.

XLVII[d]. Das Verhalten des Rechts zu diesen beiden Kategorien seinem ganzen Umfang nach historisch zu verfolgen, würde eine der interessantesten und dankbarsten Aufgaben der vergleichenden Rechtsgeschichte sein. Als Resultat würden wir wahrscheinlich überall dieselbe Erscheinung antreffen, welche die römische Rechtsentwicklung uns vergegenwärtigt: den fortgesetzten Kampf des Rechts gegen den beschränkenden und beengenden Einfluß der beiden Momente: Zeit und Ort, den Fortschritt von der Gebundenheit und Abhängigkeit von Zeit und Raum zur möglichsten Emancipation von ihnen.

An der gegenwärtigen Stelle beschränken wir uns auf die Bedeutung beider Momente für die Form der Rechtsgeschäfte im älteren Recht.

Ich beginne mit dem Raum.

Welche Bedeutung das Problem der Überwindung des Raums für die Geschichte der Erfindungen, des Handels ja für die Culturgeschichte überhaupt hat, und was der menschliche Erfindungsgeist auf diesem Gebiet geleistet hat, ist allgemein bekannt. Weniger bekannt dürfte es sein, daß und wie auch das Recht sich mit demselben Problem hat abmühen müssen. Die Schwierigkeiten, mit denen das Recht zu ringen hatte, lagen nicht in der Außenwelt, der Natur, sondern im Menschen selbst, aber sie waren darum nicht minder groß, und es hat nicht weniger Zeit und Anstrengung gekostet, sie zu bewältigen, als diejenigen, welche die Mechanik und die Naturwissenschaft zu überwinden hatten. Der Abstand zwischen dem Einst und Jetzt, dessen letztere sich rühmen können, wiederholt sich auch für das Recht — wer das heutige mit dem altrömischen vergleicht, wird ihn kaum weniger erheblich nennen, als den zwischen dem Eisenbahn- und Telegraphenwesen der heutigen Zeit und dem Schneckengang der Posten und Fuhrwerke in der Vergangenheit.

Was ist für unser heutiges Recht die Entfernung, und was war sie einst! Einst ein absolutes Hinderniß für die Vornahme eines jeden Rechtsgeschäfts, ist sie heutzutage für den Verkehr rechtlich[922]) fast ohne allen Einfluß. Contracte schließen, Besitz und Eigenthum erwerben und übertragen, Prozesse führen u. s. w., alles das kann man von jeder beliebigen Entfernung aus — Stellvertreter und Briefe ersparen uns die Mühe des eigenen Erscheinens. Ein alter Römer würde sich vielleicht nicht weniger darüber wundern, was man heutzutage mit Papier und Dinte, als was man mit Dampf und Electricität ausrichtet. Papier und Dinte vertreten bei uns nicht bloß die Person, sondern auch die Sache, wenigstens die wichtigste derselben: das Geld. Wechsel, Anweisungen, Banknoten, Papiergeld machen es unserm heutigen Verkehr möglich, das Gewicht einer Million auf wenige Lothe zu reduciren; gegenüber den Summen, die täglich in dieser luftigen und duftigen Gestalt den Raum durcheilen, verschwindet die Masse des versandten Metallgeldes fast in nichts. Das Gemeinsame unseres gesammten heutigen Systems der Raumüberwindung im Gegensatz zu dem früherer historischer Epochen besteht in der Ersetzung lebendiger Kräfte durch mechanische. Die Locomotive hat das Lastthier, der Telegraph den Boten, die Feder den Menschen ersetzt — Dampf, Electricität und Dinte sind die völlig unentbehrlichen Vermittler des heutigen Verkehrswesens geworden.

Diese Gestalt der Sache macht uns den Eindruck der höchsten Natürlichkeit, wir würden gar nicht verstehen, wie man den Abschluß von Rechtsgeschäften unter Abwesenden beanstanden könnte. Der alte Römer dachte darüber anders, ihm würde unsere Weise als höchst anstößig erschienen sein — ein abermaliger Beleg dafür, welche Bewandniß es mit dem Begriff des „Natürlichen"

922) Nur das Familienrecht kennt noch das Requisit der Anwesenheit — die Reise zur Hochzeit ist auch heutzutage eine rechtlich nothwendige Reise; das Privatfürstenrecht hat selbst sie erlassen (Stellvertretung).

hat! Das Natürliche iſt das, was der Anſchauungsweiſe einer beſtimmten Zeit entſpricht — was dieſer Zeit als natürlich, erſcheint jener als völlig unnatürlich. Der Gegenſatz der Anſchauungsweiſe, welcher der Behandlungsweiſe des heutigen und des altrömiſchen Rechts zu Grunde liegt, läßt ſich mit einem Wort bezeichnen — es iſt der uns wohlbekannte der unſinnlichen und ſinnlichen (S. 422). Die Geſtalt, die das Verhältniß im altrömiſchen Recht an ſich trug, legt ſprechendes Zeugniß ab für den Einfluß, den wir oben (§ 43) dem ſinnlichen Moment in der alten Zeit vindicirt haben. Sie war eine in hohem Grade unbequeme — eine Feſſel für den Verkehr, die man ſich ſelbſt geſchmiedet hatte, ein Joch, das man trug, weil und ſo lange man darin etwas Selbſtverſtändliches, Natürliches erblickte. Um ſich von ihm loszureißen, dazu bedurfte es eines Umſchwunges in der ganzen Anſchauung, wie er ſich erſt im Lauf der Jahrhunderte und nur unter dem zwingenden Einfluß bedeutender äußerer Veränderungen vollziehen konnte.

Das altrömiſche Recht verlangt den Abſchluß der Rechtsgeſchäfte unter Anweſenden. Warum? Wollen zwei Perſonen juriſtiſch überein- oder zuſammenkommen (convenire, conventio), ſo mögen ſie es auch im natürlichen Sinn thun; da ſieht man, daß ſie etwas Gemeinſames vorhaben — ihre Vereinigung im Raum iſt die ſinnlich-natürliche Vorausſetzung ihrer Vereinigung im Willen. Die locale Getrenntheit der beiden Parteien bei einem und demſelben Rechtsgeſchäft widerſtrebt dem einfachen Sinn. Denn wenn es ein Geſchäft ſein ſoll, das ſie zu Stande zu bringen gedenken, ſo iſt auch Einheit der Handlung erforderlich (B. 4 § 53 Note 184 fl.); wie wäre aber letztere möglich, wenn die Perſonen an verſchiedenen Orten ſind? Offerte und Accept, Frage und Antwort, Abſenden und Eintreffen der Erklärung fallen hier in ganz verſchiedene Zeitmomente. Einheit der Zeit erfordert nothwendigerweiſe Einheit des Orts, Aufgeben der letzteren iſt Aufgeben der erſteren.

Derſelbe Grundſatz der Anweſenheit, der für Perſonen, gilt

auch für Sachen, insofern es sich um unmittelbare (d. i. dingliche im Gegensatz der mittelbaren d. i. der obligatorischen) Dispositionen über sie handelt. Wie könnte man dieselbe treffen aus der Entfernung? Das ist dem naiven Sinn zu hoch. Er verlangt nicht bloß, daß man den Gegenstand, um den es sich handelt, *sehe*, sondern daß das rechtliche Verhältniß, in das man sich zu ihm setzen, oder das man an ihm geltend machen will, kurz daß die Beziehung und Richtung des Willens zu ihm in einer äußeren Einwirkung auf ihn sich kund gebe, verkörpere. Wo die Sache unmittelbarer Gegenstand des Rechtsgeschäfts sein soll (Besitz- und Eigenthumsübertragung, Vindication, operis novi nunciatio,[923]) muß sie den handelnden Personen zur Hand sein, kurz der Grundsatz der Einheit des Orts, der Vereinigung in demselben Raum gilt ganz so für die Sachen wie für die Personen.

So hat also das Rechtsgeschäft seinen räumlichen Kreis, innerhalb dessen die Personen und Sachen gegenwärtig sein müssen. Für die *Personen* ist er durch das Requisit der *mündlichen Rede* (S. 594) abgegränzt, er reicht so weit, als die *Stimme* und das *Ohr* trägt. Darum müssen bei allen formellen Rechtsgeschäften und bei allen Handlungen des Prozesses, bei denen die Rede sich gegen den Gegner richtet, beide Theile gegenwärtig sein.[924]) Für die *Sachen* ist jener Kreis abgegränzt durch das Requisit des *Greifens* (Mancipation, Abtretung vor Gericht, Vindication S. 570), er reicht so weit als die *Hand*. Für die Tradition ist er im neueren Recht (S. 429) ungleich weiter gezogen; hier erstreckt er sich so weit, als das *Auge* (traditio longa

923) L. 5 § 2 und 3 de O. N. N. (39. 1). Nunciationem autem in re praesenti faciendam i. e. eo loci, ubi opus fiat ... sufficit in re praesenti nunciari ei, qui in re praesenti fuerit.

924) Für die Stipulation, Mancipation, Abtretung vor Gericht und die Legisactionen (mit Ausnahme der pignoris capio, Gaj. IV, 29) ist dies bereits früher bemerkt; ich hebe außerdem noch die in L. 6 § 2 de conf. (42. 2) genannte confessio in jure und jurata operarum promissio hervor, sowie die sententia arbitri, L. 27 § 4 de rec. (4. 8).

manu). Die Tragweite des Willens im Raum stuft sich demnach ab nach dem der Organe: der Hand, der Sprachwerkzeuge, des Ohrs, des Auges — darüber hinaus kann der Wille keine Wirkungen ausüben. Um ihm diese zu ermöglichen, hätte man an die Stelle der mündlichen Rede das Schreiben oder an die der eigenen Rede die des Stellvertreters setzen und rücksichtlich der Sachen das Requisit der actuellen oder (beim Besitz) potentiellen Einwirkung auf dieselbe erlassen müssen.

Hat das ältere Recht sich dazu verstanden? Die Frage ist entschieden zu verneinen. Nur rücksichtlich des Princips der Präsenz der Sache ließ man im Vindicationsprozeß nicht sowohl eine Ausnahme, als eine Erleichterung zu: Repräsentation des Streitobjects (S. 506),[925] die auf die Mancipation unbeweglicher Sachen nicht ohne Rückwirkung bleiben konnte und für sie die völlige Aufgabe jenes Princips nach sich zog (S. 575).

Das bisher betrachtete Requisit bestand für sämmtliche Rechtsgeschäfte. Für gewisse Arten derselben gesellte sich noch ein anderes hinzu, welches den Ort nicht wie jenes bloß relativ, sondern absolut bestimmte. Alle an die Mitwirkung des Volks, der weltlichen und der geistlichen Behörden geknüpften Rechtsgeschäfte (S. 525: 1, 2, 3) waren nur am Sitz dieser Gewalten, in Rom[926] möglich. Gruppiren wir dieselben nach

925) Nicht bloß bei unbeweglichen Sachen, sondern auch bei beweglichen, die sich ohne Unbequemlichkeit nicht vor Gericht bringen ließen, Gaj. IV, 17.

926) An welchen Orten innerhalb Roms, ist damit schon gesagt. Es wäre vielleicht nicht uninteressant, die Topographie Roms einmal mit Rücksicht auf das Recht und den Verkehr in seinem weitesten Umfange zu verfolgen. Als Beiträge dazu folgende Notizen. Eidliche Versprechungen wurden in alter Zeit an dem Altar des Herkules (ara maxima) abgelegt, Vergleichsverhandlungen im Tempel der Concordia gepflogen (Plin. Epist. V, 1), die Kriegsbeute ward zum Zweck der Recognition von Seiten der früheren Eigenthümer auf dem Marsfeld aufgestellt (Liv. III, 10. XXXV, 1) — man beachte die Allegorie des Orts in den beiden Fällen — die Verkündigung der Concurse durch öffentlichen Anschlag erfolgte an der columna Maenia auf dem Puteal (Schol. Bob. Orelli II, 295) nahe beim Carcer

den Rechtsgebieten, denen sie angehörten, so mußten in Rom vorgenommen werden

aus dem Familienrecht:

die Arrogation, Adoption, Emancipation, Eingehung und Trennung einer confarreirten Ehe, Abtretung der Tutel;

aus dem Sachenrecht:

die Manumission, Bestellung von Urbanal- und persönlichen Servituten;

aus dem Erbrecht:

die Errichtung des testamentum in comitiis calatis — das hieß aber, da letztwillige Verfügungen nur in Form des Testaments möglich waren: jede letztwillige Disposition — und die Abtretung der Erbschaft;[927])

aus dem Prozeß:

sämmtliche gerichtliche Akte des Legisactionenprozesses; im Formularprozeß hat sich der Prozeß bereits von Rom emancipirt (judicia imperio continentia im Gegensatz der jud. legitima).[927a])

Diese Regel erlitt jedoch zwei Modificationen. Die erste: die freiwillige Gerichtsbarkeit der römischen Magistrate (legis actio in diesem Sinn) war nicht auf Rom beschränkt, sie begleitete dieselben auch auf ihren Reisen z. B. in die Provinzen.[928]) Die zweite: zu Gunsten des Heeres war an die Stelle des testa-

---

(Plin. H. N. VII, 60), das sacramentum ward am pons Publicius deponirt.

927) Ob nicht auch die Antretung? Es fehlt uns leider an allen Nachrichten über die ursprüngliche Form der Erbschaftsantretung. Die dem späteren Recht angehörige bonorum possessio mußte vor dem Prätor (wenn auch nicht immer vor dem Tribunal desselben), also regelmäßig in Rom nachgesucht oder angemeldet werden.

927a) Gaj. IV, 104, 105.

928) Keller Röm. Civilproz. § 3. Ob von jeher? Sie stammte ja zum Theil erst aus späterer Zeit, siehe Note 737. Wie man im römischen Leben die dargebotene Gelegenheit benutzte, darüber s. z. B. Plin. Epist. VII, 16, 32.

mentum in comitiis calatis das testamentum in procinctu geſetzt, und über die Soldaten übte der Feldherr wie die Straf- ſo auch die Civilgerichtsbarkeit.[929]) Darin lag zugleich die freiwillige Gerichtsbarkeit, und ſämmtliche durch in jure cessio zu vollziehenden Akte z. B. die Freilaſſung konnten mithin auch im Felde vorgenommen werden, ſo daß alſo nur die Eingehung oder Trennung der confarreirten Ehe für die Rückkunft nach Rom aufgeſpart werden mußten — für den Soldaten im Felde eine Beſchränkung ohne alles Intereſſe.[929a])

Abgeſehen von dieſen beiden Modificationen mußte Jeder, der eins der obigen Geſchäfte vollziehen wollte, ſich nach Rom verfügen. So lange das römiſche Gebiet ſich auf einen kleinen Umkreis beſchränkte, lag in dieſer Einrichtung keine nennenswerthe Unbequemlichkeit. Wer kam nicht von Zeit zu Zeit in die Stadt? Der Marktverkehr, der Gottesdienſt, die Spiele, Feſte, Volksverſammlungen boten reichliche Anläſſe dazu. Hierin lag kaum eine größere Beläſtigung, als ſie auch heutzutage für die Eingeſeſſenen größerer Amtsbezirke beſteht.

Ganz anders aber ſtellte ſich die Sache, als die Gränze des Gebiets ſich weiter und weiter von Rom entfernte. Die Verfaſſung ſowohl wie das Privatrecht war im weſentlichen berechnet

---

929) Gell. VII, 1. Val. Max. III, 7, 1. Liv. epit. lib. 86. In welcher Prozeßform? Die legis actio sacramento war, ſo wie ſie uns geſchildert wird, an Rom (B. 1 Note 214) und die Mitwirkung der Pontifices gebunden. Bewegte ſich der Prozeß im Lager, wo es an Juriſten von Fach fehlte, etwa in freieren Formen? Das möchte das Wahrſcheinlichere ſein. Der Prozeß vor dem Feldherrn gehörte zur Claſſe der judicia imperio continentia (quae imperio continent) d. h. derer, welche mit dem imperium zuſammenhängen, nicht quae imperio continentur d. h. in ihm enthalten ſind; in jenem Sinn kommt continere ſehr häufig vor, z. B. aedificia continentia, z. B. L. 4 § 1 quib. c. pig. (20. 2) L. 6 de proc. (3. 3).

929a) Wenn ich in der erſten Auflage auch die arrogatio ausgenommen hatte, ſo hat mich inzwiſchen Sueton. Galba c. 17 . . pro concione adoptavit eines beſſern belehrt; das Heer galt wie für das Teſtament ſo auch für dieſen Akt als Volk.

auf eine Stadt; konnte man sie beibehalten für ein Reich? Die Frage, die damit an die Gesetzgebung herantrat: Beibehaltung des Bisherigen oder angemessene Decentralisation war eine der gewichtigsten, die ihr je zur Entscheidung vorgelegen hat, und an der unvollkommenen Lösung derselben, an dem Mißverständniß zwischen Stadt und Reich ist die Republik mit zu Grunde gegangen. Für das Privatrecht hatte zwar die Frage bei weitem nicht die Bedeutung wie für das öffentliche Recht, und die Hindernisse, die sich ihrer befriedigenden Lösung in den Weg stellten, waren nach dieser Seite hin ungleich geringer. Allein um so bezeichnender ist das Widerstreben, das selbst nach dieser Richtung hin zu Tage tritt. Vor allem trifft diese Bemerkung alle diejenigen Akte und Verhältnisse des Privatrechts, welche eine unmittelbare oder mittelbare religiöse Beziehung hatten und als zur Competenz des Pontificalcollegiums gehörige an Rom geknüpft waren. Welches Mißverhältniß war es z. B., daß man noch zu Gajus' Zeit eine Arrogation nur in Rom vornehmen konnte,[930]) also aus den entferntesten Provinzen zu diesem Zweck nach Rom reisen mußte! Oder daß ein Provinzialstatthalter von Bithynien wie Plinius sich die Autorisation zur Verstattung der Verlegung eines Grabmals erst vom Pontifex Maximus in Rom (Trajan) erwirken mußte![931]) Seine minder scrupulösen Vorgänger hatten sich freilich nach seinem eigenen Bericht öfter darüber hinweggesetzt.

Thaten sie so Unrecht daran? Wenn die Gesetzgebung es unterläßt, unmöglich gewordene Einrichtungen zu beseitigen, so kann und muß die Praxis sich selber helfen; so geschah es überall, so geschah es auch in Rom. Der Prätor sollte sich zum Manus conserere mit den Parteien auf das Grundstück verfügen — wie war das durchführbar, als es zu dem Zweck statt eines bloßen Ganges, den das Gesetz im Auge hatte, einer förmlichen Reise

930) Gaj. I, 100.

931) Plin. Epist. X, 73 (69), das Antwortschreiben von Trajan ibid. 74.

bedurfte? Die Prätoren hätten, um dieser Bestimmung zu genügen, ihre sonstigen Pflichten völlig vernachlässigen müssen. Wie wir wissen, waren sie verständig genug, sich über jene Vorschrift hinwegzusetzen.[932]) Ebenso machten es die übrigen Beamten. Der Feldherr reiste nicht mehr nach Rom zurück, um dort die Auspicien zu erneuern,[933]) die Fetialen ersparten sich die weite Reise, um den Speer in Feindes Land hinüberzuwerfen. In allen diesen Fällen half man sich in ächt römischer Weise durch repräsentative Nachbildung des erforderlichen Grund und Bodens, wenigstens ist dies in drei Fällen ausdrücklich bezeugt (B. 1 S. 351).[934])

---

932) Was Gell. XX, 10, 9 von diesem Fall bemerkt, paßt für alle folgenden: Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis jurisdictionibus negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est contra XII tabulas tacito consensu etc.

933) In früherer Zeit ward er von dem Senat zu diesem Zweck nach Rom berufen, Liv. VII, 19. XXIII, 22. Ganz dasselbe galt von der Ernennung des Dictators, späterhin ward ihm bloß aufgegeben ut dictatorem in agro Romano diceret (s. folg. Note) Liv. XXVII, 29. Warum mußte der Dictator in der Stadt ernannt werden? Weil er für die Stadt ernannt ward (Princip der Präsenz). Im Felde hatte er vor dem Consul nichts voraus, hier war das imperium beider gleich, dagegen war das der Consuln innerhalb der Stadt durch das Interventionsrecht der Tribunen und die Provocation an die Volksversammlung beschränkt, und diese Beschränkungen hinwegzuräumen war der Zweck und Vorzug der Dictatur. Seit Ausdehnung des Provocationsrechts über die Bannmeile hinaus erhielt eben damit die (dasselbe ausschließende) Dictatur dieselbe Ausdehnung.

934) Für den in der vorigen Note besprochenen Fall fehlt es an einem Zeugniß. Liegt vielleicht in dem »in agro Romano« der Formel eine Aufforderung zu einer künstlichen Herstellung des ager Romanus, oder ist der Begriff ähnlich wie der des Grundeigenthums von vornherein ein elastischer gewesen, d. h. bezeichnete er das der römischen Herrschaft zur Zeit unterworfene Land, so daß er mithin mit letzterer gleichen Schritt hielt? Für beide Begriffe bildete Italien die Gränze, nur daß der Begriff des Grundeigenthums (praedium in italico solo) sich durch Verleihung des jus italicum auch auf die Provinzen übertragen ließ, während dies für den ager Romanus ausgeschlossen war. Liv. XXVII, 5: agrum Romanum .. Italia terminari.

Dem Verkehr ward es weniger leicht, sich von dem lästigen Requisit der Anwesenheit in Rom zu befreien. Vollständig gelang es ihm nur rücksichtlich der Testamentsform; das von ihm erfundene Mancipationstestament, welches neben anderen Vorzügen auch den der Ortsentbindung von Rom enthielt, trat ganz an die Stelle der älteren Form. Rücksichtlich der anderen Geschäfte vermochte er sich, so lange der Prätor sich nicht ins Mittel legte, nur in unvollkommener Weise zu helfen, nämlich durch factische Vornahme der Geschäfte außerhalb Roms und den Schutz, den die Sitte ihnen gewährte. Das Hauptbeispiel bieten die Freilassungen. Man erklärte den Sklaven vor Zeugen für frei (manumissio inter amicos) und behandelte ihn fortan als solchen, bis sich Zeit und Gelegenheit fand, in Rom vor dem Censor oder Prätor den Akt in aller Form Rechtens zu wiederholen.[935]) Ein anderes Beispiel liefert die obrigkeitliche Bestellung eines Vormundes nach der lex Atilia (tutor Atilianus). Sie mußte in Rom geschehen.[936]) Bis man zur Reise nach Rom Zeit fand, verwaltete, wie es bis zum Erscheinen des Gesetzes immer der Fall gewesen, irgend eine dem Pupillen nahe stehende Person factisch das Amt des Tutors. Auch hier gab später der Prätor dem Factischen rechtliche Gestalt, nämlich mittelst der Bestimmungen des Edicts über factische Tutoren (Protutoren).[937])

Für den Civilprozeß gab es, um sich der Reise nach Rom zu entziehen, keinen andern Ausweg als Vereinigung beider Parteien über schiedsrichterliche Entscheidung. Es gehörte zum Begriff des »lege agere« und des judicium legitimum, daß der

935) Das geschah auch noch in späterer Zeit, nachdem die lex Junia Norbana die unvollkommenen Freilassungen gesetzlich anerkannt hatte, s. z. B. Plinius Ep. VII, 16. Si voles vindicta liberare, quos proxime inter amicos manumisisti. Virg. Bub. I, 28. Caussa Romam videndi fuit libertas.

936) Gegen die Meinung, daß sie sich auf stadtsässige Pupillen beschränkt habe (Rudorff Recht der Vormundschaft B. 1 § 47) s. Th. Mommsen die Stadtrechte der lat. Gemeinden Salpensa und Malaca S. 438.

937) Dig. XXVII, 5 und 6.

Prozeß in Rom ſpielte; Prozeſſe unter römiſchen Bürgern außerhalb Roms, ein Anwendungsfall der judicia imperio continentia[938]) kamen, von dem Prozeß im Lager (Note 929) abgeſehen, erſt in ſpäterer Zeit auf. Aber der alte Prozeß vermochte ſich dem Einfluß der Gebietserweiterung doch nicht ganz zu entziehen, und es ſind bereits früher (S. 574 und S. 644) zwei Spuren namhaft gemacht, in denen dieſer Einfluß unverkennbar hervortritt, ich meine die Selbſtdispenſation des Prätors vom Erſcheinen beim Vindicationsakt an unbeweglichen Sachen und die den Parteien durch die lex Silia und Calpurnia gewährte Dispenſation vom Erſcheinen im erſten Termin. Einen ähnlichen Zweck, das nutzloſe Reiſen möglichſt zu erſparen, hatte auch die lex Hortensia aus dem Jahr 465, welche beſtimmte, daß die Nundinen, welche früher dies nefasti geweſen,[939]) dies fasti ſein ſollten, was m. a. W. ſo viel hieß: das Landvolk könne, wenn es doch einmal des Marktes wegen zur Stadt komme, zugleich ſeine Rechtshändel abmachen.[940])

Dem bisherigen nach dürfte ſich die Behauptung rechtfertigen, daß die Form der privatrechtlichen Geſchäfte und die Organiſation des Prozeſſes noch Jahrhunderte lang den Charakter athmeten, den das römiſche Recht urſprünglich an ſich trug — den eines Stadtrechtes. Denſelben Geſichtspunkt für das öffentliche und geiſtliche Recht und die Religion[941]) zu verfolgen, liegt außerhalb der Gränzen unſerer Aufgabe.

Die Beſchränkungen, denen die Form[942]) der Rechtsge-

---

938) Gaj. IV, 105 .. extra primum urbis Romae miliarium.

939) Fest. Nundinae.

940) Macrob. Sat. I, 16. Lege Hortensia effectum est, ut (nundinae) fastae essent, uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent.

941) Die klaſſiſche Stelle dafür iſt Liv. V, 52.

942) Die höchſt wichtige Beziehung der Zeit zu dem Inhalt des Rechtsgeſchäfts wird in der Theorie des ſubjectiven Willens (§ 53) erörtert werden.

schäfte rücksichtlich der Zeit unterlag, lassen sich ebenfalls auf zwei Classen zurückführen: relative und absolute.

Die relative Beschränkung hat in der Idee der Einheit des Rechtsgeschäfts ihren Grund und äußert sich darin, daß die einzelnen Handlungen, welche zur Begründung des Rechtsgeschäfts erforderlich sind, in denselben Zeitmoment fallen müssen. Da wir diesem Punkt an späterer Stelle (B. 4 § 53) eine eingehendere Erörterung widmen müssen, so können wir ihn hier völlig übergehen.

Die absoluten Beschränkungen waren doppelter Art. Zunächst positiver Art. Für gewisse Geschäfte gab es wie nur einen bestimmten Ort, so auch nur einen ganz bestimmten Zeitpunkt zu ihrer Vornahme, nämlich für die Testamente (zweimal im Jahr)[947] und die Freilassungen (alle fünf Jahre einmal, bei Gelegenheit des Census)[948] — beides höchst lästig und auf die Dauer unhaltbar und darum durch den Verkehr schon früh beseitigt.[949] Eine andere Beschränkung von negativer Art: die gerichtlichen Legisactionen sollen nicht an dies nefasti vorgenommen werden. Diese Vorschrift hatte wie die ganze Zeiteintheilung einen religiösen Charakter und bestand nicht für die Parteien (denen ursprünglich die Reihenfolge der dies fasti und nefasti sogar ein Geheimniß gewesen sein soll), sondern für den Magistrat,[950] und auch für ihn enthielt sie nur ein bloßes Sollen, d. h. wenn er sie übertreten, so hatte er dies zwar durch ein Piaculum zu büßen, allein die Handlung war und blieb in ähnlicher Weise gültig wie so manche in Übertretung einer bestehenden Verbindlichkeit vorgenommene außerprozessualische

947) Gaj. II, 101. Calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.

948) Das ergibt sich schon aus der Controverse im Fragm. de manum. (Dosith.) § 17a.

949) Über die Freilassungen s. Note 737.

950) Varro de L. L. VI, 29 praetoribus licet dicere. 30. nefas praetorem dicere. Ebenso Macrob. Sat. I, 16.

Handlung, m. a. W. die Vorschrift hatte nur die Natur einer lex minus quam perfecta.[951]) Aus diesem Grunde waren also die außergerichtlichen Akte des Legisactionenprozesses (S. 641) durch jene Vorschrift ebensowenig gehindert[952]) wie die Rechtsgeschäfte, soweit sie nicht der Mitwirkung der Obrigkeit in Form der legis actio bedurften.[953])

951) Varro § 30 cit. Ulp. Prooem § 2.

952) Was Gaj. IV, 29 von der pign. capio bemerkt, ist also keine Irregularität oder utilitärische Bestimmung (Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilproz. I S. 223 „die pign. cap. litt keinen Verzug", wobei ihm mehr die deutsche Pfändung als die römische pignor. capio vorgeschwebt haben mag), sondern ein nothwendiger Ausfluß des Princips und galt von allen außergerichtlichen Legisactionen.

953) Über die letztere Frage sind freilich die Ansichten getheilt, siehe v. Bethmann-Hollweg a. a. O. I. S. 86.

STANFORD UNIVERSITY LAW LIBRARY


Stanford Law Library
3 6105 062 389 957